Gesetzbuch.

Das allgemeine
bürgerliche Gesetzbuch
vom 1. Juni 1811

sammt den dazu erflossenen

Nachtrags-Verordnungen

und den über die Einführung dieses Gesetzbuches

in

Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien, dem Temeser Banate und Siebenbürgen

getroffenen Bestimmungen,

mit Rücksicht

auf das praktische Bedürfniß

erläutert von

Dr. Moriz von Stubenrauch,

Ritter des kais. österr. Franz Josephs-Ordens, k. k. ordentl. öffentl. Professor der Rechte an der Wiener Universität 2c. 2c

Dritter Band.

Wien, 1858.

Verlag von Friedrich Manz.

Inhalt.

Zweite Abtheilung des Sachenrechtes.

Von den persönlichen Rechten.

Dritter Theil.

Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Von den persönlichen Sachenrechten.

Siebzehntes Hauptstück.

Von Verträgen überhaupt.

§. 859.

Die persönlichen Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer anderen zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz; oder auf einen Vertrag; oder auf eine erlittene Beschädigung. Grund der persönlichen Sachenrechte.

1) Die Eintheilung der Rechte in Personen- und Sachenrechte und die weitere Abtheilung der letzteren in dingliche und persönliche Sachenrechte ist bereits Bd. 1, S. 112 und 627 d. W. erwähnt worden. Der Gegenstand des Sachenrechtes kann nämlich entweder ein von der Person Verschiedenes (ein Theil der unfreien Natur, eine Sache im engern Sinne), oder eine fremde Person sein, diese jedoch nur rücksichtlich einzelner Handlungen derselben, welche aus ihrer Freiheit ausscheidend dem Willen des Berechtigten unterworfen werden. Vermöge des persönlichen Sachenrechtes wird also eine bestimmte Person (der Schuldner, debitor) verbunden, einer andern (dem Gläubiger, creditor) etwas zu leisten*), während dem dinglichen Sachenrechte nur die allgemeine, einem Jeden obliegende Verpflichtung gegenüber steht, es unverletzt zu lassen.

*) Daher stammt der römische Ausdruck obligatio, dem das Bild des „Gebundenseins" zum Grunde liegt, so wie dem deutschen „Verbindlichkeit." — Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura pr. Inst. de oblig. (3, 13.). — Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. fr. 3. pr. Dig. de oblig. et act. (44, 7). — Vergleiche Savigny, das Obligationsrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1851. Bd. 1, S. 13.

2) Das persönliche Sachenrecht setzt seiner Natur nach einen besondern Entstehungsgrund voraus, da an und für sich Niemanden eine Herrschaft über fremde Personen zusteht. Das römische Recht unterscheidet hiernach vier Arten von Obligationen: ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu und quasi ex maleficio *), wobei die letzteren auch unter dem gemeinschaftlichen Ausdrucke: ex variis causarum figuris, oder proprio quodam jure zusammengefaßt werden. Unser Gesetzbuch zählt nur drei Entstehungsgründe auf, nämlich das Gesetz, den Vertrag und eine erlittene Beschädigung, diesen muß jedoch, als vierter Entstehungsgrund die einseitige, erlaubte Handlung des Schuldners (z. B. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag) oder des Gläubigers (z. B. bei der Zahlung einer Nichtschuld) hinzugefügt werden.

§. 860.

Die Fälle, in welchen jemanden unmittelbar von dem Gesetze ein persönliches Sachenrecht ertheilet wird, sind an den gehörigen Orten angegeben. Von dem Rechte des Schadenersatzes handelt das dreißigste Hauptstück.

1) Bei der Darstellung des persönlichen Sachenrechts ist unser allg. bürg. Gesetzbuch, gleich den Institutionen Justinians **), der von ihm selbst gegebenen Eintheilung gefolgt; es hat jedoch nur die aus den zwei wichtigsten Entstehungsarten, nämlich den Verträgen und den Rechtsverletzungen hervorgehenden Verhältnisse umständlicher behandelt, während die Fälle, in welchen jemanden unmittelbar von dem Gesetze ein Sachenrecht ertheilt wird, an den gehörigen Orten (z. B. in der Lehre von der Vormundschaft und Curatel, im Erbrechte, bei der Gemeinschaft des Eigenthums) angegeben sind, und die auf einseitige erlaubte Handlungen sich gründenden Verbindlichkeiten gelegentlich (z. B. bei der Lehre von der Bevollmächtigung, von der Zahlung u. dgl.) aufgeführt werden. Hieraus erklärt sich auch, daß das gegenwärtige Hauptstück die Aufschrift „von Verträgen" führt, und daß der Lehre von den persönlichen Sachenrechten nicht gleich jener von den dinglichen Sachenrechten ein einleitendes Hauptstück vorausgesendet wurde.

2) Zunächst ist nun das XVII. bis XXIX. Hauptstück den Verträgen gewidmet, wornach im XXX. Hauptstück von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung gehandelt wird. Die Materie von den Ver-

---

*) Sequens divisio in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. §. 2. Inst. de oblig. (3, 13). — Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. fr. 1. pr. Dig. de obl. et act. (44, 7).

**) Die Institutionen behandeln die Obligationes ex contractu, in den lit. 14—26, jene quasi ex contractu im tit. 27 des 3. Buches; dann folgen in Lib. IV. tit. 1—4 die Obligationes ex delicto und im tit. 5 jene quae quasi ex delicto nascuntur.

trägen zerfällt aber wieder in einen allgemeinen Theil (von den Verträgen überhaupt, im XVII. Hauptstücke) und in die Bestimmungen über einzelne Verträge (XVIII. bis XXIX. Hauptstück).

§. 861.

Wer sich erkläret, daß er jemanden sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen giltig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Theile ein Vertrag zu Stande. So lange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.

1) Der Vertrag ist die Einigung des Willens zweier oder mehrerer Personen zur Begründung oder Auflösung eines rechtlichen Verhältnisses*). Die Existenz desselben setzt demnach voraus, daß der Wille der vertragschließenden Theile (der Contrahenten, Paciscenten) auf den nämlichen Gegenstand gerichtet sei, d. h. daß der eine Theil ein Recht auf dieselbe Handlung erwerben wolle, zu welcher der andere Theil sich verbindlich zu machen bereit ist. Ohne eine solche Uebereinstimmung des Willens kann kein Vertrag zu Stande kommen.

2) Zum Abschlusse desselben gehört aber auch noch die Erklärung des Willens der Contrahenten, durch welche das innere Ereigniß des Willens erst als Erscheinung in die sichtbare Welt tritt. Diese Erklärung muß nach zwei verschiedenen Richtungen hin erfolgen; nämlich einerseits als Versprechen, d. i. als die Erklärung, sich verbindlich machen zu wollen, und anderseits als Annahme, d. i. als die Erklärung des Willens, ein Recht auf die versprochene Leistung zu erlangen. Die einem Vertrage häufig vorausgehenden Unterhandlungen sind demnach von dem Vertrage selbst wohl zu unterscheiden. In wie fern ein bloßes Versprechen, eine einseitige Aufforderung zur Abschließung eines Vertrages (eine Proposition) bindend sei, wird beim §. 862 erörtert werden. Ingleichen wird sich bei der Erörterung des §. 936 zeigen, unter welchen Voraussetzungen die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen (ein vorbereitender Vertrag, pactum praeparatorium), eine rechtliche Wirkung hervorbringe. Verschieden hiervon sind die s. g. Punctationen, deren im §. 885 Erwähnung geschieht.

3) Der gewöhnliche Gang bei der Abschließung eines Vertrages besteht darin, daß vorerst das Versprechen gemacht wird, und nachher die Annahme desselben erfolgt; es kann aber auch umgekehrt die Erklärung vorausgehen, ein Versprechen, wenn es gemacht würde, annehmen zu

---

*) Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. fr. 1. §. 2. Dig de pactis (2, 14).

wollen. Verschieden hievon ist die bloße Anfrage, ob Jemand geneigt sei, ein Versprechen zu machen; denn in diesem Falle muß, wenn das Versprechen auch wirklich gemacht wird, erst noch die Annahme desselben erfolgen, um einen Vertrag zu Stande zu bringen.

4) Gegenstand des Vertrages ist zunächst immer eine Handlung des Verpflichteten, und zwar ein Thun oder Unterlassen. Ersteres kann wieder in einem Geben (z. B. beim Kaufe) oder in einem Thun im engeren Sinne (z. B. bei dem Vertrage über Dienstleistungen). Letzteres in einem Gestatten (z. B. beim Leihvertrage) oder in der Nichtausübung eines Rechtes (z. B. bei der Bestellung einer verneinenden Dienstbarkeit) bestehen. Wenn der §. 861 im Eingange sagt, derjenige macht ein Versprechen, welcher sich erklärt, daß er jemanden sein Recht übertragen wolle, so ist dieß nicht buchstäblich zu nehmen, denn durch einen Vertrag kann allerdings auch ein früher nicht vorhanden gewesenes Recht erst neu begründet werden, wie z. B. beim Bevollmächtigungsvertrage, wo von der Uebertragung eines bereits vorhandenen Rechtes (wie z. B. bei der Schenkung, beim Kaufe u. dgl.) keine Rede ist.

5) Bei jedem Vertrage müssen wenigstens zwei Personen vorhanden sein, nämlich die Eine, welche verspricht (der Promittent), und die Andere, welche das gemachte Versprechen annimmt (der Promissar); dieß ist auch der gewöhnliche Fall, und deßhalb spricht wohl der §. 861 von „beiden" Theilen; es können aber allerdings auch Mehrere dabei interveniren, wie bei einem Gesellschaftsvertrage u. dgl.; auch kann eine und dieselbe Person in dem nämlichen Vertrage als Promittent und als Promissar erscheinen, worüber beim §. 864 das Nähere wird bemerkt werden.

6) In der Regel sind die vertragschließenden Theile auch diejenigen, welche durch denselben berechtigt und verpflichtet werden sollen, und es stellt deßhalb mit Recht der §. 881 als Grundsatz, daß außer den vom Gesetze bestimmten Fällen Niemand für einen Andern ein Versprechen machen oder annehmen kann. Daher entsteht aus einem Vertrage, in welchem Jemand eine Leistung an einen Dritten verspricht, keine Forderung für diesen*), wenn nicht der gleich zu erwähnende Fall der Stellvertretung ein-

*) Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur, inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quo sua interest; ceterum ut alii detur, nihil interest mea. fr. 38. §. 17. Dig. de verb. oblig. (45, 1). S. auch §. 19. Inst. de inut. stip. (3, 19) u. a. m. — Es entsteht übrigens aus einem solchen Vertrage auch keine Forderung für den Contrahenten, da dieser eben für sich kein Recht erwerben wollte. Si vero, heißt es in der const. 6. Cod. si quis alt. etc. (4, 50) ab initio, negotium uxoris gerens, comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec sibi quaesisti: dum tibi non vis, nec illi potes. — Vgl. auch den in der allg. österr. Ger. Ztg. (1855, Nr. 14 und 15) dargestellten Rechtsfall. Katharina R. hatte ihrer Tochter Theresia, mit Rücksicht auf deren bevorstehende Verehelichung mit Vincenz G. die Hälfte ihres Hauses mit der Bedingniß geschenkt, daß, wenn die Tochter im Laufe der Ehe kinderlos stürbe, das Eigenthum dieser Hauseshälfte an die Geschenkgeberin zurückfallen, wenn aber Kinder aus dieser Ehe entständen, an diese zu gleichen Theilen übergehen solle. Dieser Vertrag wurde auch grundbücherlich auf dem fraglichen Hause einverleibt. Später trafen Katharina R.,

tritt. Das Gesetz bestimmt nämlich (im §. 1017), daß der Gewalthaber, in so fern er nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, allerdings diesem Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen könne, und daß also, wenn er innerhalb der Grenzen der (offenen) Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen hat, die dadurch begründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zukommen.

7) Gemeiniglich sind bei einem Vertrage die intervenirenden Theile nach beiden Seiten hin individuell bestimmte Personen; es kann aber auch der Fall eintreten, daß Jemand zu Gunsten einer unbestimmten Person ein Versprechen macht, wie wenn z. B. auf die Anzeige oder Rücklieferung einer verlornen, oder gestohlenen Sache, oder auf eine nützliche Entdeckung oder Erfindung ein Preis ausgesetzt wird*), wobei dann die Frage entsteht, ob ein solches Versprechen bindend sei? Wir glauben diese Frage im Interesse der Sicherheit des Verkehres und zur Aufrechthaltung des allgemeinen Vertrauens bejahen zu müssen, zumal unsere Gesetzgebung keine Vorschriften enthält, welche dieser Ansicht bestimmt entgegenträten. Der §. 861 sagt zwar, daß ein Vertrag dann zu Stande komme, wenn Jemand ein Versprechen macht, und „der Andere" das Versprechen annimmt. Der §. 862 bestimmt die Frist, innerhalb welcher die Annahme eines gemachten Versprechens erfolgen muß, wenn kein Zeitraum zur Annahme bedungen worden ist, allein beide Paragraphen haben wohl nur den gewöhnlich vorkommenden Fall vor Augen, wo das Versprechen an eine bestimmte Person (den Andern) erfolgte, schließen jedoch die Verbindlichkeit eines an unbestimmte Personen gemachten Versprechens nicht geradezu aus. Hierzu kömmt noch, daß die anfänglich vorhandene Unbestimmtheit zur Zeit des wirklichen Abschlusses des Vertrages ohnedieß hinwegfällt, indem die Annahme immer von einer bestimmten, bekannten Person (dem Finder oder Zustandebringer, oder demjenigen, der die Preisaufgabe gelöst hat) ausgehen wird. Eine Schwierigkeit dürfte eben nur die Bestimmung des Zeitraumes machen, durch welchen der Promittent an sein Versprechen

---

ihre Tochter Theresia und deren Gatte Vincenz G. ein neuerliches Uebereinkommen, worin Katharina R. im Einverständnisse mit der Tochter und dem Schwiegersohne, die zu Gunsten ihrer anzuhoffenden Enkel getroffene Bestimmung des obigen Vertrages ausdrücklich zurücknahm, in Folge dessen alle drei die Löschung des bezüglichen Vertragsparagraphen begehrten. Diese wurde ihnen aber von der Realbehörde verweigert, und es wurde vielmehr für die noch ungebornen Kinder ein Curator aufgestellt, welcher sich ebenfalls gegen die begehrte Löschung aussprach. Gegen ihn traten nun Katharina R. und ihre Tochter klagbar auf; die erste Instanz wies sie auch hier mit ihrem Löschungsbegehren ab, das niederösterreichische Oberlandesgericht gab aber demselben statt, indem es die Voraussetzung, daß der Schenkungsvertrag bezüglich der substituirten Kinder giltig und wirksam sei, für unrichtig erklärte, da das zu ihren Gunsten gemachte Versprechen von Niemanden für sie angenommen worden war. Dieser Ansicht pflichtete auch der oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 2. April 1852, Z. 1861 bei. — Die Ausnahmen von diesem Grundsatze werden an zukömmlicher Stelle erörtert werden, insbesondere bei §. 881.

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2, §. 61.

gebunden bleibt, wovon bei der Erläuterung des folgenden Paragraphen die Rede sein wird. Hierher gehört auch der Fall der Versteigerungen (Feilbietungen, Licitationen)*), wo das Versprechen an denjenigen gerichtet ist, welcher die dem Promittenten vortheilhaftesten Bedingungen stellt, den höchsten (z. B. bei Verkäufen, Pachtungen u. dgl.) oder mindesten Preis (z. B. bei Lieferungen von Arbeiten u. s. w.) bietet. Daß hierdurch ein wirkliches Vertragsverhältniß begründet werde, kann wohl keinem Zweifel unterliegen, da das Gesetz selbst an vielen Stellen (z. B. §§. 231, 461, 840, 843, 1215) gerade diese Form der Abschließung sogar vorschreibt. Die richtige Ansicht scheint hier wohl jene zu sein, welcher auch Puchta (a. a. O. S. 382) beipflichtet, daß mit jedem Anbote, welches von Seite der Mitsteigernden gemacht wird, wirklich ein Vertrag zu Stande komme, aber immer unter der Bedingung, daß sich nicht innerhalb der bestimmten Zeit ein besserer Contrahent finde, so daß durch jedes weitere Anbot der frühere Vertrag wieder aufgelöst wird, und nur jener in Kraft bleibt, der mit dem Meist- oder Mindestbietenden abgeschlossen wurde.

Endlich muß hier noch der auf den Ueberbringer lautenden Schuldscheine Erwähnung geschehen, in denen ebenfall seine individuelle bestimmte Person als Schuldner einem unbestimmten Gläubiger gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, so daß die darauf bezügliche Forderung (in der Regel wenigstens) von jedem Inhaber der Urkunde geltend gemacht werden kann*). Daß unsere Gesetzgebung derlei Papiere kennt, ja auch anerkennt, unterliegt keinem Zweifel, da der §. 1393 ausdrücklich bestimmt, daß Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, schon durch die Uebergabe abgetreten werden, und nebst dem Besitze keines andern Beweises der Abtretung bedürfen, und der §. 371 verfügt, daß solche Schuldbriefe in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage sind; eine andere Frage aber ist es, ob sie von dem Gesetze allgemein für giltig erklärt sind, oder ob ihre Giltigkeit nicht vielmehr eine besondere Anerkennung von Seite der Staatsgewalt erfordere? Uns scheint nun das Letztere der Fall zu sein. Denn der §. 1001, welcher die Form des Schuldscheines festsetzt, führt unter den wesentlichen Bestandtheilen desselben an, daß darin „der eigentliche Darleiher oder Gläubiger" redlich und deutlich bestimmt werde, was bei der Stellung auf den Inhaber (au porteur) offenbar nicht der Fall ist. Solche Schuldscheine bedürfen daher nach unserer Ansicht zu ihrer Giltigkeit einer speciellen Autorisation. In Uebereinstimmung hiermit steht daher auch die Verfügung des Hofd. vom 17. December 1847, Nr. 1105 (Nr. 68 des Anhangs zum a. b. G. B für Ungarn u. s. w., und Nr. 65 des Anhangs zum a. b. G. B. für Siebenbürgen), wornach Partialobligationen von Privatanlehen immer auf bestimmte Namen lauten müssen, und die Ausfertigung derselben auf den Ueberbringer fortan unter-

---

*) Savigny (Obligationen, Bd. 2 S. 91) findet zwischen diesem Falle und den vorhergehenden einen wesentlichen Unterschied, den wir aber nicht wahrnehmen können. Vgl. Puchta, Pandekten §. 252.

**) Siehe die sehr gründliche Untersuchung über diese Art von Papieren bei Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2. §§. 62—70.

sagt bleibt, und der §. 12 lit. b des Patentes vom 26. November 1852, Nr. 253 des R. G. Bl., welcher die Anordnung enthält, daß die von Actienvereinen hinauszugebenden Interimsscheine und Actienurkunden nicht auf den Ueberbringer lauten dürfen, sondern immer auf bestimmte Namen gestellt werden müssen*). Es können demnach nur jene Privatpapiere dieser Art als rechtsgiltig betrachtet werden, welche sich einer besondern landesfürstlichen Bestätigung erfreuen.

Am häufigsten werden Staatspapiere auf den Ueberbringer ausgestellt, diese sind aber nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen, sondern fallen dem öffentlichen Rechte anheim**).

§. 862.

Wenn zur Annahme des Versprechens kein Zeitraum bedungen worden ist; so muß ein mündliches Versprechen ohne Verzug angenommen werden. Bei dem schriftlichen kommt es darauf an, ob beide Theile sich an demselben Orte befinden, oder nicht. Im ersten Falle muß die Annahme in vier und zwanzig Stunden, im zweiten aber innerhalb jenes Zeitraumes welcher zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist, erfolgen, und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden; widrigen Falls ist das Versprechen erloschen. Vor Ablauf des festgesetzten Zeitraumes kann das Versprechen nicht zurück genommen werden.

1) Ein mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehenes Versprechen erzeugt für denjenigen, an den es gerichtet ist, die Befugniß, es anzunehmen

---

*) Die Actienurkunden sind eigentlich keine Schuldscheine, sondern Urkunden über einen Antheil am Eigenthume der Actienunternehmung; doch haben sie viele Aehnlichkeit mit den in Frage stehenden Papieren. Dagegen sind die s. g. Prioritäts-Actien, welche von industriellen Vereinen über ein aufgenommenes Darlehen hinausgegeben werden, wahre Schuldscheine, wenn sie gleich die Form der Actien (die dann zum Unterschiede Stamm-Actien genannt werden) an sich tragen. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2. S. 113.

**) Sehr richtig bemerkt Savigny (a. a. O. S. 110), daß die Staatsobligationen gewöhnlich durch eigentliche, in aller Form erlassene Gesetze eingeführt und bestätigt werden, und daß sie auch da, wo diese Form etwa fehlen möchte, gewiß durch feierliche Erklärungen der höchsten Staatsgewalt im Wege der Verwaltung bestätigt sein werden. Doch kann bei ihnen — (wie der Verfasser ebd. S. 120 hervorhebt) — in der Regel von einer Kündigung des Capitals von Seiten des Gläubigers ebensowenig die Rede sein, als von einer gerichtlichen Klage auf das Capital oder die Zinsen, vielmehr wird hier Alles auf dem Wege der Verwaltung abgethan. Die Zinsen werden durch bestimmte öffentliche Cassen bezahlt, und das Capital wird nach und nach dadurch getilgt, daß die Obligationen entweder verlost, oder nach dem Nennwerthe bezahlt, oder durch Ankauf an der Börse eingezogen und dann in beiden Fällen vernichtet werden. Der Gläubiger kann das Capital durch Verkauf an der Börse einzuziehen suchen. Dem Staate gegenüber hat er keinen andern Schutz, als

oder auszuschlagen, und darf daher von dem Promittenten nicht einseitig zurückgenommen werden; doch erheischt es die Sicherheit des Verkehrs, daß ein Zeitraum bestimmt werde, nach dessen Ablauf der Promittent seiner Haftung entbunden wird. Vor Allem entscheidet hierüber das eigene Uebereinkommen der Parteien, denn die Vorschriften des §. 862 kommen nur dann zur Anwendung, „wenn kein Zeitraum bedungen worden ist.“ Hätte der Promittent die Bestimmung desselben dem Gutbefinden des Promissars überlassen, so müßte die Annahme zu Folge der Analogie aus §. 904 ohne unnöthigen Aufschub erfolgen; wäre aber die Bedenkzeit zu einem bestimmten Zwecke (z. B. der Einholung des Rathes eines Sachverständigen) ertheilt worden, so müßte die Möglichkeit der Erreichung dieses Zweckes als Maßstab dienen*). Wäre die Annahme ganz der Willkür des Promissars vorbehalten worden, so scheint, ebenfalls unter analoger Anwendung des §. 904, die Ueberlegungsfrist von dem Richter nach Billigkeit festgesetzt werden zu müssen, denn es handelt sich hier allerdings um eine bloß persönliche, nicht vererbliche Pflicht, weil nach §. 918 ein noch nicht angenommenes Versprechen auf die Erben nicht übergeht**). Die Festsetzung eines bestimmten Zeitraumes durch den Promittenten selbst findet meistentheils auch bei Preisausschreibungen und bei Licitationen im s. g. Offertwege statt.

2) Wurde von den Parteien kein Zeitraum zur Annahme des Versprechens bedungen, so ist nach dem Gesetze zu unterscheiden, ob das Versprechen mündlich oder schriftlich gemacht wurde. Im ersten Falle muß die Annahme „ohne Verzug“, d. h. (nach der Erläuterung des §. 904) ohne unnöthigen Aufschub erfolgen. Hierbei kömmt es wohl auf die jeweilig obwaltenden Umstände an. Läßt sich also z. B. der Promissar noch weitere Aufklärungen geben, oder ist er in der Erstattung von Vorschlägen begriffen, so kann vor Beendigung derselben von dem Versprechen nicht abgegangen werden, wohl aber, wenn die Unterhandlung gänzlich abgebrochen worden wäre. Das Gesetz dürfte übrigens, wenn es von einem mündlichen Versprechen Erwähnung macht, wohl nur das Gewöhnliche vor Augen gehabt haben, und deßhalb auch dann anzuwenden sein, wenn ausnahmsweise unter Gegenwärtigen (z. B. weil sie taubstumm sind) schriftlich verhandelt würde.

3) Bei einem schriftlichen Versprechen kommt es weiter darauf an, ob sich beide Theile an demselben Orte (d. i. in derselben Stadt, in dem

---

die Gerechtigkeitsliebe der Regierung, und etwa die Rücksicht derselben auf den eigenen Vortheil, indem die Verletzung der übernommenen Verbindlichkeit den Credit gefährdet.

*) Nach dem Grundsatze: „wer den Zweck will, muß auch in die zur Erreichung dieses Zweckes nothwendigen Mittel eingewilliget haben“, ein Princip, welches wohl auch der Verfügung des §. 1009 zum Grunde liegt. — Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 6. S. 19.

**) Nippel, a. a. O. S. 19 findet die Analogie aus §. 904 nicht zulässig, und will daher jene aus §. 936 zur Anwendung bringen, vermöge welcher das Versprechen nach Ablauf eines Jahres erlöschen würde; uns scheint aber die Analogie aus §. 904, den der Verfasser doch selbst in den erwähnten Fällen herbeizieht, weit näher zu liegen.

nämlichen Markte, Dorfe u. dgl.*) befinden, oder nicht. Im ersten Falle bestimmt das Gesetz, daß die Annahme binnen 24 Stunden erfolgen, und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden müsse. Diese 24 Stunden scheinen von dem Zeitpuncte des Eintreffens des Versprechens gerechnet werden zu müssen, da das Gesetz im §. 918 die Frist des §. 862 ausdrücklich eine Ueberlegungsfrist nennt, von einer Ueberlegung aber keine Rede sein kann, so lange der Vorschlag nicht eingegangen ist**). Würde also eine Verzögerung in der Zusendung des Versprechens eintreten, so würde durch diesen Zufall die Haftung des Promittenten allerdings verlängert. Ist aber das Versprechen eingelangt, so kömmt es nicht weiter darauf an, ob es dem Promissar auch wirklich bekannt geworden. Hat er also z. B. den ihm eingehändigten Brief durch 24 Stunden unerbrochen liegen gelassen, oder ist er während dieser Frist nicht in seine Wohnung gekommen, oder durch Krankheit verhindert gewesen, von dem Inhalte des Schreibens Kenntniß zu nehmen, so trägt er die Folgen seines Verschuldens oder des in seiner Person eingetretenen Zufalles (§. 1311). Ebenso würde auch eine Verzögerung in dem Eintreffen der, wenn gleich reichzeitig erklärten Annahme die Haftung des Promittenten nicht verlängern können, da dieser nach dem bestimmten Wortlaute des Gesetzes durch das Nichteintreffen der Annahme innerhalb der gesetzlichen Zeit ohne weiters seines Versprechens entbunden wird; doch kömmt es auch hier eben nur auf das Einlangen der Antwort, nicht auf die Kenntnißnahme derselben von Seite des Promittenten an.

4) Befinden sich die Parteien nicht an dem nämlichen Orte, so muß die Annahme innerhalb eines Zeitraumes erfolgen, „welcher zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist.“ Diese, jedenfalls grammatisch nicht ganz richtige Textirung gibt zu manchem Zweifel Anlaß. Nach dem preußischen Landrechte (Buch I. Tit. 5. §. 97) muß von dem Promittenten ein Posttag, nach der Zeit, zu welcher die nächstumgehende Post eintreffen muß, abgewartet werden; das Gesetz wollte es dem Empfänger des Vorschlages, wie Suarez bemerkt, freistellen, mit umgehender Post zu antworten, oder die Antwort bis zum nächsten Posttage zu verschieben. Dieß scheint denn auch die Absicht des österreichischen Gesetzes zu sein, so daß der Empfänger nicht mit der nächstabgehenden Post oder anderweitigen Gelegenheit, sondern nur mit der zweitfolgenden seine Antwort absenden muß. Rücksichtlich einer Verzögerung in dem Eintreffen des Versprechens oder der Annahmserklärung dürften auch hier die unter Z. 3 gemachten Bemerkungen zu gelten haben. Uebrigens kömmt es jederzeit nur auf den Ort an, an welchem

---

*) In diesem geographischen Sinne ist der Ausdruck „Ort“ auch in den §§. 34, 37, 72, 79, 81, 82, 85, 389, 390, 435, 495, 549, 578, 589, 590, 597, 1058, 1290 und 1426 genommen.

**) Auch nach dem preußischen Landrechte, das unserem Gesetzbuche überhaupt in dieser Materie zum Vorbild gedient zu haben scheint, muß auf schriftliche Anträge zwischen Personen, welche sich in einem Orte aufhalten, die Annahme einen Tag lang nach dem Eingangstage des Vorschlages erwartet werden (Buch I. Tit. 5. §. 95).

sich der Promissar der Voraussetzung des Promittenten gemäß befinden sollte, wohin er ihm also auch die Nachricht von dem ihm gemachten Versprechen übersandte*).

Auch dürfte zum Mindesten eine 24 stündige Frist für das Eintreffen der Annahme maßgebend sein, wenn gleich zwischen den beiden in Frage stehenden Ortschaften täglich eine mehrmalige Postverbindung stattfände (wie es z. B. zwischen Wien und seiner Umgebung der Fall ist), da wohl angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber zur Annahme eines Versprechens bei Personen, die sich an verschiedenen Orten aufhalten, keinen kürzeren Zeitraum festsetzen wollte, als wenn sich beide Theile am nämlichen Orte befinden.

5) Erfolgte die Zusendung des Versprechens (ob mündlich oder schriftlich) durch einen eigenen Boten, so dürften im Allgemeinen die unter der Z. 3) u. 4) entwickelten Grundsätze zur Anwendung kommen, da das Mittel, durch welches die Mittheilung erfolgt, keinen Unterschied begründen kann. Nur wenn dem Boten der Auftrag ertheilt worden wäre, die Antwort sogleich zurückzubringen, meint Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 21) daß dieselbe sogleich, d. h. ohne unnöthigen Aufschub ertheilt werden müsse; allein uns scheint auch hier dem Empfänger die allgemein festgesetzte Frist zugestanden werden zu müssen, da die sogleiche Annahme nur unter gegenwärtigen Contrahenten vorgeschrieben erscheint. Anders wäre es freilich, wenn ein wahrer Bevollmächtigter (mithin auch, wenn ein Bote als solcher) intervenirte, denn der Machthaber stellt nach dem Inhalte der Vollmacht den Machtgeber vor (§. 1017), und es ist also die Sache so anzusehen, als ob dieser selbst gehandelt hätte.

6) Bei öffentlichen Versteigerungen (s. oben S. 6 d. Bd.) ist die Frist, innerhalb welcher ein Anbot erfolgen muß, durch die dafür bestehenden Vorschriften gegeben, und zwar theils durch die Licitationsordnung v. 15. Juli 1786, Nr. 565 der Just. Ges. Samml. republ. mit Hofd. vom 5. November 1819, Nr. 1622, ebend., theils durch die processualischen Vorschriften. — Hat Jemand für den Finder oder Zustandebringer eines abhanden gekommenen Gegenstandes einen Preis ausgesetzt, so scheint er wohl so lange an sein Versprechen gebunden zu sein, als er es nicht ausdrücklich widerrufen hat. Dieser Widerruf dürfte ihm aber jederzeit freistehen, und zwar um so mehr, als das Gesetz für den redlichen Finder ohnehin durch Feststellung eines Finderlohns Sorge getragen hat. Der Schlußsatz des §. 862 scheint auf diesen Fall ebensowenig anwendbar zu sein, als die Vordersätze des-

---

*) Gesetzt z. B. der in Gratz befindliche Cajus schreibt dem Titius nach Wien, wo dieser bisher domicilirte. Allein Titius hat in der Zwischenzeit seinen Wohnsitz in Lemberg aufgeschlagen, wohin ihm der Brief des Cajus nachgesendet wird, so kann von diesem nicht gefordert werden, auf die Erklärung des Titius so lange zu warten, als nothwendig ist, daß von Lemberg aus dieser Brief zweimal in Graz als beantwortet erscheinen könnte. S. Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 18.

selben, weil er offenbar ein, an eine bestimmte Person gerichtetes Versprechen voraussetzt.

7) Nippel meint (Erläut. Bd. 6, S. 20), ein noch nicht angenommenes Versprechen könne vor Ablauf des festgesetzten Zeitraumes auch dann zurückgenommen werden, wenn einer der im §. 936 aufgeführten Umstände eintritt, zu Folge welches auch die Verabredung, künftig erst einen Vertrag zu schließen, ihre verbindende Kraft verliert; allein der §. 862 enthält bei der ganz allgemeinen Fassung seines Schlußsatzes unsers Erachtens keinen Anhaltspunct zur Rechtfertigung dieser Ausnahme, die leicht durch eine Hinweisung auf den §. 936 hätte angedeutet werden können.

8) Ist der von den Personen bedungene oder vom Gesetze bestimmte Zeitraum abgelaufen, ohne daß die erfolgte Annahme dem versprechenden Theile in dem oben angedeuteten Sinne bekannt gemacht wurde, so erlischt das Versprechen, ohne daß es dazu eines weiteren Widerrufes bedürfte. Eine später erfolgte Annahme begründet daher weder einen Vertrag noch eine anderweitige Verpflichtung, z. B. etwa auf Ersatz des Schadens, den der annehmende Theil durch vergebliche Vorbereitungen zur Erfüllung des (eben nicht zu Stande kommenden) Vertrages erlitten hat.

§. 863.

Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. Eintheilung der Verträge.

1) Der Wille, als eine innere Thatsache, kann nur mittelbar, durch eine äußerlich wahrnehmbare Thatsache erkannt werden. Die Erklärung des Willens, wodurch das innere Ereigniß des Wollens in die sichtbare Welt als Erscheinung eintritt, kann nun von zweifacher Art sein, sie kann nämlich durch solche Mittel erfolgen, welche lediglich die Bestimmung haben, als Kennzeichen des Willens zu dienen (ausdrückliche Willenserklärung), oder sie kann durch Handlungen geschehen, die zunächst einen andern, selbstständigen Zweck haben, aber daneben auch den Ausdruck des Willens enthalten (stillschweigende Willenserklärung) *).

2) Die ausdrückliche Willenserklärung geschieht durch Worte, mündlich oder schriftlich, oder auch durch Geberden (Zeichen), die geradezu den Zweck haben, als Ausdruck des Willens zu dienen,

---

*) Jene wird auch die unmittelbare, diese die mittelbare, oder die Einwilligung durch Handlungen genannt, doch sind die oben gebrauchten Ausdrücke bei Weitem die gewöhnlichsten. Vgl. Savigny, System Bd. 3, S. 242, §. 131.

z. B. durch Kopfnicken*), Hindeuten mit der Hand**), Aufstehen und dergleichen.

2) Die stillschweigende Willenserklärung besteht in Handlungen, die zwar einen selbstständigen Zweck haben, aber zugleich als Mittel für die Erkenntniß des Willens angewendet werden können. Sollen sie dazu dienen, so müssen sie so geartet sein, daß ein sicherer Schluß auf das Dasein eines bestimmten Willens gezogen werden kann, daß kein vernünftiger Grund, an demselben zu zweifeln übrig bleibt; man nennt sie dann gewöhnlich facta concludentia. Ob dieß der Fall sei, kann nur aus der Beurtheilung jeder einzelnen Handlung unter Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände entnommen werden. Jedenfalls ist aber dazu nothwendig, daß die Handlung eine freie, nicht durch Zwang herbeigeführte sei, weil in dem letzteren Falle der Handelnde sich nur dem angedrohten Uebel zu entziehen, nicht aber seinen Willen auszudrücken beabsichtigte. Ebenso schließt ein Irrthum, in welchem sich der Handelnde befand, die stillschweigende Willenserklärung aus, wenn dieser Irrthum, sei er ein factischer oder ein Rechtsirrthum, einem sicheren Schlusse von der Handlung auf das Dasein des Willens entgegensteht***). Ingleichen kann die Wirksamkeit einer Handlung als stillschweigende Willenserklärung durch eine ausdrückliche Gegenerklärung entkräftet werden†).

4) Das bloße Stillschweigen kann im Allgemeinen nicht als Einwilligung betrachtet werden, und dieß selbst dann nicht, wenn der andere Theil erklärte, in dem Schweigen die Zustimmung zu dem gemachten Antrage sehen zu wollen, da Niemand das Recht hat, einen Andern zu einem positiven Widerspruche zu nöthigen††) — wohl aber ist es möglich, daß mit Ueberlegung aller Umstände in einem einzelnen

---

*) Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. Sed et nutu solo pleraque consistunt. fr. 57. §§. 9 u. 10. Dig. de obl. et act. (44, 7). — Delegare scriptura vel nutu, ubi faci non potest, debitorem suum quis potest. fr. 17. Dig. de nov. et obl. (46, 2) u. a. m.

**) Certum est, cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. Nam et Pedius libro I. de stipulationibus nihil referre, ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quod tantundem praestent. fr. 6. Dig. de reb. cred. (12, 1).

***) Consensisse autem videntur, qui sciunt, se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiunt. Ceterum si putent, ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictio; error enim litigatorum, ut Julianus quoque libro Digestorum scribit, non habet consensum. fr. 2. pr. Dig. de jud. (5, 1.).

†) Et ideo solent testari liberi qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere, quae gerant, sed aut pietatis, aut custodiae causa, aut pro suo. fr. 20. §. 1. Dig. de adqu. her. (29, 2). — Vergl. auch den in Nr. 25 des J. 1855 der allg. öster. Ger. Ztg. mitgetheilten Rechtsfall.

††) Savigny, System Bd. 3. §. 132, S. 249. — So sagt auch das fr. 142 Dig. de reg. jur. (50, 17). Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare.

Falle kein Zweifel über den Willen des Schweigenden übrig bleibt, und es gilt dann von dieser Unterlassungshandlung das Nämliche, was oben (Z. 3) von den positiven Handlungen bemerkt wurde, aus welchen auf den Willen des Handelnden geschlossen wird.

5) Verschieden von der stillschweigenden Willenserklärung ist die vermuthete und die fingirte Erklärung des Willens*). Beide haben gemein, daß ihnen durch das Gesetz die Kraft einer Willenserklärung beigelegt wird, unterscheiden sich aber darin, daß die erstere auf Gründen der Wahrscheinlichkeit beruht, während dieß bei der letztern nicht der Fall ist, und daß die vermuthete Willenserklärung einen Gegenbeweis zuläßt, den die Fiction des Gesetzes ausschließt. Unser a. b. G. B. erwähnt übrigens dieser beiden Arten von Willenserklärungen nicht insbesondere, weil die Verbindlichkeit unmittelbar aus dem Gesetze fließt, und bei der fingirten Einwilligung auch dann eintritt, wenn selbst eine entgegengesetzte Willenserklärung vorliegt. So ist z. B. nach §. 1042 derjenige, für den ein Anderer einen Aufwand gemacht hat, den er nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, verpflichtet, ihm denselben zu ersetzen, wenn er es auch nicht wollte.

6) Von dem Grundsatze, daß man seinen Willen nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklären könne, gibt es allerdings Ausnahmen, wo nämlich das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung fordert. Dieß ist z. B. der Fall bei der Abschließung des Ehevertrages, bei der Antretung einer Erbschaft (§. 799)**) u. dgl.

§. 864.

Verträge sind einseitig oder zweiseitig verbindlich, je nachdem nur ein Theil etwas verspricht und der andere es annimmt; oder beide Theile einander Rechte übertragen und wechselseitig annehmen. Die ersten werden also ohne Entgelt; die anderen aber mit Entgelt geschlossen.

1) Der Natur der Sache nach muß aus jedem Vertrage wenigstens für Einen der Compaciscenten eine Verbindlichkeit entstehen; es ist aber auch möglich, daß beide Theile daraus verbunden werden und zwar in der Art, daß die eine Verbindlichkeit nur um der andern Willen übernommen wird. Hierauf gründet sich die Eintheilung der Verträge in einseitig und zweiseitig verbindliche. Zu den ersteren gehört z. B. die Schenkung, das Darlehen u. s. w., zu den letzteren der Kaufvertrag, der Miethvertrag u. a. m. Bei dem einseitig verbindlichen Vertrage wird nur Ein Theil Gläubiger, und der andere Schuldner; bei dem zweiseitig verbindlichen erscheint jeder Theil als Gläubiger und Schuldner, nur in Beziehung auf eine andere Leistung. Bei dem

*) Savigny (System, Bd. 3. §. 133. S. 253) begreift beide unter dem Namen der fingirten Erklärung.

**) Unser Gesetz kennt kein s. g. pro herede gestio. Vgl. Bd. 2. S. 768 d. W.

einseitig verbindlichen Vertrage findet eine Leistung nur von der Einen Seite statt, während dieser bei dem zweiseitig verbindlichen Vertrage die Gegenleistung von der andern Seite entspricht. Bei diesen Verträgen werden daher Sachen mit Sachen, oder Handlungen (worunter auch die Unterlassungen gehören) mit Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen und Handlungen mit Sachen vergolten (§. 921), man nennt sie daher auch entgeltliche, die einseitig verbindlichen dagegen unentgeltliche Verträge. Beide Benennungen sind in unserm b. G. B. offenbar gleichbedeutend, wie aus dem Schlußsatze des §. 864 erhellet, der mit dem Vordersatze durch das Wörtchen „also“ verbunden ist. Wir können daher der Ansicht Nippel's*) nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß die Eintheilung der Verträge in einseitig und zweiseitig verbindliche, und jene in entgeltliche und unentgeltliche auf verschiedenen Eintheilungsgründen beruhe, daß also ein zweiseitig verbindlicher Vertrag auch ein unentgeltlicher sein könne, wenn die von dem einen Theile übernommene Verbindlichkeit nicht als eine Vergütung derjenigen Verbindlichkeit erscheint, welche der andere Theil eingeht. Uns scheint nämlich im letzteren Falle der Vertrag auch nicht als ein zweiseitig verbindlicher angesehen werden zu können; denn die Verbindlichkeit, welche hier dem einen Theile obliegt, geht nicht mit Nothwendigkeit aus dem Begriffe des Vertrages hervor, sondern tritt nun zufälliger Weise ein, wenn eine Verwendung zum Nutzen des Andern stattgefunden hat, oder durch eine Beschädigung die Pflicht zum Schadenersatze begründet wurde**).

2) Außer den entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen soll es nach der Ansicht mehrerer Schriftsteller auch noch gemischte Verträge geben, und zwar wird dieser Ausdruck in einem doppelten Sinne genommen. Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 154) versteht darunter

---

*) Erläuter. Bd. 6. S. 26 und Materialien zur Reform der österr. Gesetzgebung im Justizfache, Wien 1850, S. 116.

**) Nippel rechnet z. B. den unentgeltlichen Bevollmächtigungsvertrag zu den gegenseitig verbindlichen, weil auch der Gewaltgeber sich anheischig macht, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand zu ersetzen, so wie allen durch sein Verschulden entstandenen oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden zu vergüten. Allein die Vollmacht kann auch ohne diese Verbindlichkeiten bestehen, während ein Kaufvertrag ohne den Anspruch auf die Ueberlassung des Eigenthums einer Sache von der einen Seite, und auf Leistung des Kaufschillings von der andern Seite nicht denkbar ist. Die oben angeführten Verbindlichkeiten des Gewaltgebers sind nichts anderes, als die allgemeine Verpflichtung, die bei der Verwendung einer Sache zum Nutzen eines Andern (nach §. 1041) entspringt und die Pflicht zum Schadenersatze (1295). Wenn der Verfasser ferner den Leihvertrag unter die zweiseitig verbindlichen einreiht, weil der Entlehner die Verbindlichkeit auf sich nimmt, die Sache nach Verlauf der Zeit wieder zurückzustellen, so scheint er übersehen zu haben, daß der Leihvertrag ein s. g. Realvertrag ist (s. unten), und daher der Entlehner aus demselben allein als verpflichtet erscheint. Welche Natur dem Pfandvertrage innewohne, der im §. 1369 ausdrücklich als ein zweiseitig verbindlicher bezeichnet wird, und doch nicht immer wenigstens zu dem entgeltlichen gehört, wird bei dem genannten Paragraphe selbst näher erörtert werden.

diejenigen, welche bald ohne, bald gegen Entgelt abgeschlossen werden; allein der Grund hievon liegt nur in der Unvollkommenheit unserer Sprache, welche beide Arten von Verträgen, die entgeltlichen wie die unentgeltlichen, mit demselben Namen belegt, während der bereits wirklich abgeschlossene bestimmte Vertrag immer nur der einen oder der andern Kategorie angehören kann*). So wird z. B. der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, immer ein Bevollmächtigungsvertrag genannt (§. 1002), es mag für diese Besorgung des fremden Geschäftes eine Belohnung bedungen worden sein oder nicht (§. 1004). Im ersten Falle ist der Vertrag ein entgeltlicher, im zweiten ein unentgeltlicher, und es ist daher ganz richtig, daß der Bevollmächtigungsvertrag bald entgeltlich, bald unentgeltlich abgeschlossen werden könne, weil unsere Sprache eben für die entgeltliche Besorgung fremder Geschäfte keinen besonderen Namen hat; es heißt aber nur zu einer Verwirrung der Begriffe Anlaß geben, wenn man den Bevollmächtigungsvertrag deßhalb einen gemischten nennen will; er ist in jedem einzelnen Falle doch nur schlechterdings unentgeltlich oder rein entgeltlich.

3) Richtiger scheint es noch, in einem anderen Sinne von einem gemischten Vertrage zu sprechen, in welchem nämlich der §. 935 selbst eines solchen Erwähnung thut. Es kann nämlich allerdings geschehen, daß der Promittent zwar sein Recht nicht ganz unentgeltlich in die Rechtssphäre des Promissars überlassen will, daß er aber eben so wenig bezweckt, aus der Rechtssphäre des Promissars so viele Rechte in die eigene zu ziehen, daß sie als eine volle Vergütung dessen, was er dem Promissar überläßt, angesehen werden könnten, sondern daß er sich aus Rücksicht auf die Persönlichkeit des Promissars mit einem geringeren Entgelte begnügt, als er erhalten haben würde, wenn er ohne diese Rücksicht den Vertrag abgeschlossen hätte**). Allein es scheint deßhalb auch nicht nothwendig, eine besondere Kategorie von Verträgen aufzustellen, da eigentlich jeder entgeltliche Vertrag (der Tausch-, so wie der Kauf-, der Bestandvertrag u. s. w.) unter dieser besonderen Modification abgeschlossen werden kann, ohne dadurch seine eigenthümliche Natur zu verlieren, indem nur die Folge herbeigeführt wird, daß in solch' einem Falle das Rechtsmittel wegen Verkürzung über die Hälfte als unanwendbar erscheint (§. 935).

4) Eine weitere Eintheilung der Verträge ist in Consensual-, Real- und Litteral-Verträge***), je nachdem sie durch die bloße Willenseinigung, oder erst durch die Uebergabe des Vertragsobjectes oder endlich durch Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde zu Stande gebracht

---

*) Vgl. Dr. Mich. Schuster's trefflichen Aufsatz: Beiträge zur Hermeneutik des a. b. G. B. (Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1830. I. Bd. 248. u. ff.).

**) Nippel, Materialien S. 118.

***) Die von Einigen gebrauchten Ausdrücke, Willens-, Sach- und Schriftverträge sind nicht allgemein üblich, und können daher leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben.

werden. Die meisten Verträge gehören zur Classe der Consensual-Verträge, weil der Natur der Sache nach die bloße Willenseinigung der Parteien als hinreichend angesehen werden muß, um Vertragsrechte zu begründen, so daß die Uebergabe des betreffenden Gegenstandes nicht zum Begriffe, sondern nur zur Erfüllung des Vertrages gehört. — Realverträge zählt unser Gesetzbuch nur vier, nämlich den Verwahrungsvertrag (§. 957), den Leihvertrag (§. 971), das Darlehen (§. 983) und den Pfandvertrag (§. 1368); es ist hiebei dem Vorgange des römischen Rechtes gefolgt, obwohl die Gründe hinweggefallen sind, welche dort jene eigenthümliche Beschränkung hervorbrachten. Es ist deßhalb auch das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen (§. 957), dann der Vertrag, wodurch man Jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben (§. 971), ferner der Vertrag, ein Darleihen künftig zu geben (§. 983) und endlich der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen (§. 1368), für den versprechenden Theil allerdings als verbindlich erklärt worden; aber sie begründen noch keinen Verwahrungs-, Leih-, Darlehens- oder Pfandvertrag, wiewohl sich nicht leugnen läßt, daß es vom Standpuncte unserer gegenwärtigen Verkehrsverhältnisse aus betrachtet, zweckmäßiger gewesen wäre, von diesem Unterschiede abzusehen. — Auch die schriftliche Ausfertigung ist der Regel nach zur Giltigkeit eines Vertrages nicht nothwendig, der §. 883 bestimmt vielmehr, daß ein Vertrag mündlich oder schriftlich errichtet werden könne, und daß diese Verschiedenheit der Form in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied mache. Ausnahmsweise aber ist aus später zu entwickelnden Gründen die Errichtung einer schriftlichen Urkunde für nothwendig erklärt worden: bei Gesellschaftsverträgen, welche sich nur auf das gegenwärtige, oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen (§. 1178), bei Erbverträgen (§. 1249), und bei dem Schiedsrichtervertrage (§. 270 der allgemeinen, §. 359 der westgalizischen, §. 349 der italienischen, und §. 377 der ungarischen und siebenbürgischen Gerichtsordnung) *).

Bei Schenkungen erwächst (nach §. 943 des a. b. G. B.) aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Vertrage nur kein Klagerecht für den Geschenknehmer, wenn es nicht durch eine schriftliche Urkunde begründet worden; diese ist also nicht zur Wesenheit, wohl aber zur Klagbarkeit des Schenkungsversprechens erforderlich. Bei der Wette (§. 1271) und dem Spiele aber (§. 1272) muß der bedungene Preis hinterlegt worden sein, damit eine Verbindlichkeit aus demselben entstehe; sie halten also gewissermaßen die Mitte zwischen den Real- und Consensual-Verträgen.

5) Von praktischer Bedeutung scheint es endlich noch, den Unterschied zwischen Haupt- und Nebenverträgen hervorzuheben. Erstere können nämlich für sich allein bestehen, während letztere eine schon

---

*) Nach §. 377 der ungarischen und siebenbürgischen Gerichtsordnung kann der Schiedsrichtervertrag schriftlich oder vor Gericht geschlossen werden.

vorhandene Verbindlichkeit voraussetzen; wie z. B. der Vorbehalt des Wiederkaufes, des Rückverkaufes, des Vorkaufes, der Verkauf auf Probe und der Verkauf mit Vorbehalt eines bessern Käufers (§. 1067)*), die Verabredung eines Reugeldes (§. 908) oder einer Conventionalstrafe (§. 1336), die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner (Intercession, §. 1344), der Pfandvertrag (§. 1368), die Novation (§. 1376), der Vergleich (§. 1380), die Cession (§. 1392), und die Anweisung (§. 1400).

§. 865.

Erfordernisse eines giltigen Vertrages. 1) Fähigkeiten der Personen;

Wer den Gebrauch der Vernunft nicht hat, wie auch ein Kind unter sieben Jahren, ist unfähig, ein Versprechen zu machen, oder es anzunehmen. Andere Personen hingegen, welche von einem Vater, Vormunde oder Curator abhängen, können zwar ein bloß zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen annehmen; wenn sie aber eine damit verknüpfte Last übernehmen, oder selbst etwas versprechen, hängt die Gültigkeit des Vertrages, nach den in dem dritten und vierten Hauptstücke des ersten Theiles gegebenen Vorschriften, in der Regel von der Einwilligung des Vertreters oder zugleich des Gerichtes ab. Bis diese Einwilligung erfolgt, kann der andere Theil nicht zurück treten, aber eine angemessene Frist zur Erklärung verlangen.

1) Da der Vertrag seinem Wesen nach in einer Willenseinigung besteht, so ist es natürlich, daß nur Diejenigen Verträge schließen können, welche eines vernünftigen Wollens fähig sind. Deßhalb erscheinen als unfähig zur Abschließung von Verträgen vorerst alle Personen, welche den Gebrauch der Vernunft nicht haben, d. i. Blödsinnige, Wahnsinnige und Rasende (vergl. §. 21 des a. b. G. B. Bd. 1, S. 128 d. W.)**). Ist die Erklärung, daß Jemand wahn- oder blödsinnig sei (nach §. 273) bereits erfolgt, so dauert seine Unfähigkeit so lange, bis eine entgegengesetzte Entscheidung ergangen, und die Curatel wieder aufgehoben worden ist (§. 283). Ein von einem Wahn- oder Blödsinnigen dieser Art in einem s. g. lichten Zwischenraume eingegangener Vertrag wäre also zweifellos als ungiltig anzusehen. Streitig ist es aber unter den Rechtsgelehrten, ob dieß auch dann der Fall sei, wenn noch keine Wahnsinnserklärung erfolgt ist? Ich glaube aus den schon (Bd. 1, S. 129) angeführten Gründen diese Frage bejahen zu müssen***).

---

*) Der Verkaufsauftrag scheint uns nicht hierher zu gehören, wiewohl ihn der §. 1067 unter den Nebenverträgen aufführt.

**) Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quae agit. §. 8. Inst. de inut. stip. (3, 19).

***) Prof. Harum (in seiner Recension meines Commentars in Haimerl's Magazin Bd. 10, S. 246) sagt ganz richtig, der Begriff eines lichten Zwischen-

2) Weiters tritt die Unfähigkeit zur Abschließung von Verträgen auch bei Kindern unter sieben Jahren (§. 21) ein, deren Verstandesentwickelung noch nicht so weit vorgeschritten ist, daß sie die Folgen ihrer Handlungen einzusehen im Stande sind *). Diese, so wie die Sinnlosen, können sich weder selbst verpflichten, noch auch ein zu ihren Gunsten gemachtes Versprechen annehmen, weil sie absolut keines vernünftigen Wollens fähig sind; weßhalb sie auch für sich allein eine Sache in Besitz zu nehmen unfähig sind (§. 310); sie müssen daher durch ihre Väter, Vormünder oder Curatoren vertreten werden (vgl. das III. und IV. Hptst. des I. Thls. des a. b. G. B.).

3) Auch wenn sich Jemand in einem Zustande vorübergehender Sinnenverwirrung (wie z. B. durch volle Trunkenheit, heftigen Zorn**), Fieberanfall u. dgl.) befindet, kann von einer wahren Einwilligung (§. 869), folglich auch von dem Abschlusse eines giltigen Vertrages keine Rede sein, wofern nur der Geisteszustand von der Art ist, daß sich der Handelnde darin seiner Handlungen nicht bewußt war.

4) Anders ist es bei Personen, die zwar nicht die volle Rechtsfähigkeit besitzen, aber doch die Folgen ihrer Handlungen einzusehen im Stande sind, wie die Minderjährigen, die noch unter der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt stehen, oder die Großjährigen, über welche die väterliche (§. 172) oder vormundschaftliche Gewalt (§. 251) verlängert wurde, ferner die Taubstummen, die, ohne blödsinnig zu sein, in die Bestellung eines Curators eingewilligt haben (§. 275) und die gerichtlich erklärten Verschwender (§. 273). Diese Personen ermangeln des Vernunftgebrauches keineswegs, doch gewährt ihnen das Gesetz, in Berücksichtigung ihrer leiblichen oder geistigen Gebrechen, einen besonderen Schutz (§. 21), so daß sie zwar ihre Lage verbessern,

---

raumes passe nur auf den Fall einer dauernden Geisteskrankheit; doch kann ich ihm nicht beistimmen, wenn er hinzufügt, diese dauernde Geisteskrankheit müsse auch anerkannt sein. Der Umstand der erfolgten oder nicht erfolgten Anerkennung kann meines Erachtens nur auf die Beweislast einen Einfluß üben, nicht auf die Handlungsfähigkeit selbst. Nur darauf scheint mir der §. 273 hinzudeuten, wenn er sagt: für geisteskrank könne nur Jener gehalten werden, der gerichtlich dafür erklärt ist. Das scheint doch wohl keinem Zweifel zu unterliegen, daß man geisteskrank sein könne, auch wenn eine solche Erklärung noch nicht erfolgt ist, und wie, wenn sie nun gar nicht vorgenommen ward, weil z. B. der Wahnsinnige bald nach dem Ausbruche seiner Geisteskrankheit starb? Nach des Verfassers Ansicht müßten die, ungeachtet des klarsten Beweises der vorhanden gewesenen Seelenkrankheit in einem lichten Zwischenraume unternommenen Acte für giltig angesehen werden, bloß weil keine gerichtliche Erklärung mehr erfolgen konnte (?).

*) . . . infans, et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus aetatis pupilli nullum habent intellectum. §. 10. Inst. (3, 19). — Mulier, quae dotem dederat populari meo Glabrioni Isidoro, fecerat eum promittere dotem, si in matrimonio decessisset, infanti, et decesserat constante matrimonio. Placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat. fr. 70. Dig. de verb. obl. (45, 1.)

**) Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. fr. 48. Dig. de reg. jur. (50, 17).

nicht aber sollen verschlimmern können (vgl. Bd. 1, S. 126 d. W.); sie sind daher allerdings im Stande, ein bloß zu ihren Gunsten gemachtes Versprechen anzunehmen*); sie können sich aber in der Regel nicht für sich allein verpflichten (§. 152, 244, 282). Wenn sie daher selbst ein Versprechen machen, oder bei der Annahme eines ihnen gemachten Versprechens eine Last übernehmen (z. B. bei der Aufnahme eines Darlehens die Verbindlichkeit der Rückzahlung), so ist die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung ihres Vaters, Vormundes oder Curators, und nach Umständen auch die Einwilligung des Gerichtes (vgl. hauptsächlich §. 233 und Bd. 1, S. 543 d. W.) dazu erforderlich.

5) Der andere (fähige) Theil erscheint jedoch in einem solchen Falle an sein Versprechen allerdings gebunden**), und muß daher abwarten, ob von Seite der gesetzlichen Vertretung des in seiner Fähigkeit beschränkten Paciscenten die Einwilligung erfolgt oder nicht, bevor er von seinem Versprechen zurücktreten darf. Hierbei ist aber die Frist des §. 862 nicht anwendbar, weil dieser zwei fähige Contrahenten voraussetzt, durch deren Einwilligung allein der Vertrag zu Stande kommen kann, sondern es scheint vielmehr unterschieden werden zu müssen, ob der Promittent gleich bei Abgabe seines Versprechens eine Frist zur Erklärung bestimmt hat, oder nicht. Ist das Erstere der Fall, so muß der also bestimmte Termin genau eingehalten werden; denn wenn es dem Promittenten überhaupt freistand, ein Versprechen zu machen, so mußte es ihm auch freistehen, diesem eine beliebige Bedingung beizufügen***), und es ist demnach Sache des Vertreters der Gegenpartie, innerhalb dieser Frist seine Erklärung abzugeben, und sich dazu nöthigenfalls die Genehmigung des Gerichtes zu erwirken. Geschieht dieses nicht, verstreicht also der anberaumte Termin unbenützt, so erlischt das Versprechen nach der Analogie des §. 862 eo ipso, ohne daß es dazu eines besonderen Widerrufes von Seite des Promittenten bedarf. — Wurde dagegen bei Abgabe des Versprechens kein Zeitraum zur Erklärung der Annahme festgesetzt, so kann der Promittent die Bestimmung einer angemessenen Frist verlangen, welche im Streitfalle wohl durch das Gericht zu geschehen hätte, und nach deren Ablauf sohin der Rücktritt erfolgen kann.

---

*) Auctoritas . . . tutoris in quibusdam causis necessaria est pupillis, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quodsi aliis pupilli promittent, necessaria est. pr. Inst. de auct. tut. (1, 21).

**) Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum iis contrahunt, obligantur, ad invicem pupilli non obligantur. pr. Inst. (1, 21). — Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat negotium; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. fr. 13. §. 29. Dig. de act. emt. (19, 1). — Man pflegt daher zu sagen: claudicat negotium.

***) Rippel, Materalien S. 119.

6) Die Einwilligung von Seite der Vertretung des Minderjährigen oder Pflegbefohlenen muß, um die Giltigkeit des Vertrages zu bewirken, unter den nämlichen Bestimmungen ertheilt werden, unter denen das Versprechen geschehen ist (§. 869); der Promittent wäre daher an sein Versprechen nicht gebunden, wenn dieses nur theilweise, oder unter Bedingungen, in die er nicht eingewilliget hat, angenommen werden wollte.

7) Hätte der Minderjährige oder Pflegbefohlene eigenmächtig ein Geschäft abgeschlossen, zu dessen Giltigkeit die Genehmigung seines Vertreters erforderlich ist, so steht es diesem zu, sobald er nicht etwa nachträglich seine Einwilligung dazu ertheilt hat, und so lange sein Vertretungsbefugniß dauert, die Giltigkeit des eingegangenen Vertrages zu bestreiten, und die Aufhebung desselben sowie die Zurücksetzung in den vorigen Stand zu erwirken. — Auch dem Unfähigen selbst, wenn er in der Folge zur freien Verwaltung seiner Angelegenheiten gelangt ist, steht dieses Recht zu, wofern er nur den ursprünglich ungiltigen Vertrag nicht nachträglich genehmigt hat*), was freilich sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen kann**).

8) In wie ferne Personen, die von einem Vater, Vormunde oder Curator abhängen, sich ausnahmsweise selbst zu verpflichten im Stande sind, ist bei Erörterung der §§. 151, 246 und 247, (Bd. 1, S. 415 und 563 d. W.) bereits angegeben worden.

9) Auch Cridatare sind in der Verfügung über das, in der Concursmasse einbezogene Vermögen beschränkt. Die Bestimmungen darüber gehören jedoch nicht hierher und sind in den Concursgesetzen enthalten.

§. 866.

Wer listiger Weise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sei, und dadurch einen anderen, der darüber nicht leicht Erkundigung einholen konnte, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet.

1) Die Verfügung des vorhergehenden Paragraphen hat offenbar den Zweck, Minderjährige und Pflegbefohlene vor dem Schaden zu bewahren, den sie sich durch Unbesonnenheit oder Unerfahrenheit zuziehen könnten; sie darf aber nicht dazu mißbraucht werden, Andere zu täuschen, um sich mit fremdem Nachtheile zu bereichern. Das Gesetz spricht

---

*) Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in quantum locupletior factus est. — Sane si suae aetatis factus comprobaverit emtionem, contractus valet. fr. 5. §§. 1. u. 2. Dig. de auct. et cons. (26, 8).

**) Ob eine stillschweigende Ratification vorliege, muß nach allgemeinen Grundsätzen (§. 863) beurtheilt werden, deßhalb kann die Zahlung von Zinsen eines aufgenommenen Darlehens in gewissen Fällen allerdings als eine stillschweigende Genehmigung des letzteren angesehen werden, während unter anderen Umständen eine solche Folgerung nicht daraus gezogen werden kann.

daher in einem solchen Falle dem Hintergangenen das Recht auf Genugthuung zu.

2) Damit er aber dieses Recht geltend machen könne, wird erfordert, daß der unfähige Compaciscent listiger Weise vorgegeben habe, daß er Verträge zu schließen fähig sei, daß er also durch falsche Vorspiegelungen, z. B. durch Producirung eines falschen Taufscheines, seine Unfähigkeit zu verbergen bemüht war.

3) Es muß aber ferner vorausgesetzt werden, daß der andere Theil sich in gutem Glauben befunden habe, also wirklich irregeführt worden sei. Deßhalb bestimmt auch der §. 248 (vgl. Bd. 1, S. 565 d. W.), daß ein Minderjähriger, welcher sich bei einem Geschäfte für großjährig ausgibt, nur dann für allen daraus erwachsenden Schaden verantwortlich werde, wenn er das zwanzigste Lebensjahr bereits zurückgelegt hat, weil sonst eine Täuschung in Bezug auf sein Alter nicht wohl möglich ist.

4) Der Anspruch auf Genugthuung erheischt aber auch noch weiters, daß der Compaciscent nicht leicht Erkundigung über die Fähigkeit seines Contrahenten einholen konnte, weil er es sonst seinem eigenen Verschulden zuzuschreiben hat, wenn er irregeleitet wurde*).

5) Treten die eben erwähnten Voraussetzungen ein, so bleibt es dem gesetzlichen Vertreter des unfähigen Theiles überlassen, zu dem abgeschlossenen Geschäfte nachträglich seine Genehmigung zu ertheilen, und dieses dadurch aufrecht zu erhalten (§. 865), in welchem Falle von einem Ersatzanspruch des Gegners keine Rede sein kann, da der §. 866 nur jenen Schaden vor Augen hat, welcher dem andern Paciscenten daraus erwächst, daß der Vertrag als nichtig aufgehoben wird. Geschieht dieß, so kömmt dem Gegentheil volle Genugthuung zu leisten, welche sich nach §. 1323 nicht nur auf den Ersatz des wirklich erlittenen Schadens, sondern auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, da ja immer ein aus böser Absicht (listiger Weise) verursachter Schaden vorausgesetzt wird, der nach §. 1324 das Recht auf volle Genugthuung begründet.

§. 867.

Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde (§. 27), oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§. 290).

1) Es ist schon Bd. 1, S. 146 d. W. erwähnt worden, daß den juristischen Personen, worunter auch die Gemeinden gehören, an und für sich keine Handlungsfähigkeit innewohne, so daß dieser

---

*) Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus. fr. 19. Dig. de reg. jur. (§. 50, 17).

Mangel künstlich durch Vertretung ersetzt werden muß. Welche Organe zu dieser Vertretung berufen seien, ist nun je aus der Verfassung derselben oder aus allgemeinen (politischen) Gesetzen zu entnehmen.

2) Hinsichtlich der politischen Ortsgemeinden bestimmt das allgemeine Gemeindegesetz vom 17. März 1849, Nr. 170 des R. G. Bl., daß der Bürgermeister dieselben nach Außen, sowohl in Civilrechts- als Verwaltungsangelegenheiten vertrete (§. 107), und daß Urkunden, durch welche Verbindlichkeiten der Gemeinde gegen dritte Personen begründet werden sollen, von dem Bürgermeister und einem Gemeinderathe unterzeichnet werden müssen. Betrifft die Urkunde ein Geschäft, zu dessen Eingehung die Genehmigung des Gemeindeausschusses erforderlich ist, so muß überdieß die, von dem Ausschusse ertheilte Genehmigung in der Urkunde, unter Mitfertigung von zwei Ausschußmitgliedern, ersichtlich gemacht werden (§. 108 ebd.). Der Gemeindeausschuß ist aber (nach §. 80 ebd.) berechtigt, im Interesse der Gemeinde ein Darlehen gegen Rückzahlung aus dem ordentlichen Einkommen der Gemeindecasse aufzunehmen, das die Hälfte des einjährigen Betrages der Gemeindeeinkünfte nicht übersteigt. Zur Aufnahme höherer, jedoch den ganzen einjährigen Betrag der Gemeindeeinkünfte nicht übersteigenden Darlehen ist die Genehmigung des Kreispräsidenten und rücksichtlich des Statthalters (in jenen Kronländern, welche nicht in Kreise zerfallen) erforderlich (Minist. Vdg. v. 29. Decbr. 1850, Nr. 496 des R. G. Bl.). Uebersteigt das Darlehen das jährliche Einkommen der Gemeinde, so muß die Bewilligung der Statthalterei und rücksichtlich Landesregierung eingeholt werden; will der Gemeindeausschuß aber eine Creditsoperation vornehmen, so ist die Entscheidung darüber dem Ministerium des Innern im Einverständniß mit dem Finanzminister vorbehalten (Minist. Vdg. vom 26. October 1852, Nr. 214 des R. G. Bl.). Auch die Veräußerung des Gemeinde-Vermögens und Gutes, und jede Vertheilung desselben darf nach §. 74 des Gemeindegesetzes und der eben erwähnten Minist. Vdg. vom 26. October 1852 nur unter der Zustimmung der Statthalterei oder Landesregierung vorgenommen werden.

Aehnliche Bestimmungen sind in den Statuten derjenigen Gemeinden enthalten, welche eine eigene städtische Verfassung besitzen*).

3) Auch in Ansehung der Vermögensverwaltung der geistlichen Gemeinden bestanden vielfach beschränkende Anordnungen, welche aber durch das mit dem päpstlichen Stuhle abgeschlossene Concordat (kais. Patent v. 5. November 1855, Nr. 195 des R. G. Bl.) wesentlich modificirt worden sind. Der XXIX. Artikel dieses Uebereinkommens bestimmt nämlich, daß die Kirche berechtigt sei, neue Besitzungen auf jede gesetzliche Weise frei zu erwerben und daß ihr Eigenthum hinsichtlich alles Dessen,

---

*) Solche specielle Gemeindeordnungen bestehen für Wien (n. ö. L. R. Bl. J. 1850, S. 94); Prag (böhm. L. R. Bl. 1850, S. 124); Reichenberg (ebd. 1851, S. 370); Brünn (mähr. L. R. Bl. 1850, S. 194); Olmütz (ebd. S. 268); Troppau (schles. L. R. Bl. 1850, S. 113), Gratz (steir. L. R. Bl. 1850, S. 41); Laibach (krain. L. R. Bl. 1850, S. 200); und Trient (tir. L. R. Bl. 1850, S. 82).

was sie gegenwärtig besitzt oder in Zukunft erwirbt, unverletzlich verbleiben werde. Daher auch weder ältere noch neuere kirchliche Stiftungen ohne Ermächtigung von Seite des heiligen Stuhles aufgehoben oder vereinigt werden dürfen, jedoch unbeschadet der Vollmachten, welche das heilige Concilium von Trient den Bischöfen verliehen hat. Der XXX. Artikel aber verfügt weiter, daß die Verwaltung der Kirchengüter von Denjenigen geführt werde, welchen sie nach den Kirchengesetzen obliegt, daß jedoch in Anbetracht der Unterstützung, welche Se. Majestät zu Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse aus dem öffentlichen Schatze huldreich leistet und leisten wird, diese Güter weder verkauft noch mit einer beträchtlichen Last beschwert werden sollen, ohne daß sowohl der heilige Stuhl als auch Se. Majestät der Kaiser oder Jene, welche Dieselben hiemit zu beauftragen finden, dazu ihre Einwilligung gegeben haben.

4) Es ist bereits S. 123 u. 124, dann S. 608, Bd. 1. d. W. erwähnt worden, daß die auf die Verwaltung des Staatsgutes sich beziehenden Rechtsgeschäfte im Allgemeinen nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen seien. Welchen Behörden das Recht zustehe, im Namen des Aerars Verträge abzuschließen, ist aus den Organisirungs- und Competenz-Vorschriften zu entnehmen. Im Allgemeinen sind die Finanzprocuraturen (durch den Finanz. Minist. Erl. vom 13. August 1851, Nr. 188 des R. G. Bl.) angewiesen, in allen Angelegenheiten, welche das Staatsvermögen betreffen, über Aufforderung der Staatsbehörden Rechtsgutachten zu erstatten, und bei der Zustandebringung von Rechtsgeschäften mitzuwirken. — Contrahirungen im Namen des Staates, welche Käufe oder Verkäufe, Leistungen von Fuhren oder Arbeiten betreffen, sollen zu Folge Hfklzd. vom 29. August 1812 (pol. G. S. Bd. 39, S. 37) nicht anders als im Wege der öffentlichen Versteigerung eingegangen werden, und es ist sich (nach dem Hfklzd. vom 7. Decbr. 1840, ebd. Bd. 68, S. 364) in einzelnen Fällen, wo örtliche Verhältnisse, mißlungene Versteigerungsversuche oder sonst was immer für rücksichtswürdige Umstände eine Ausnahme von der Regel wirklich als sehr wünschenswerth oder nothwendig erscheinen lassen, an die höchste Behörde zu wenden; für solche Fälle ist dann (durch Minist. Decr. v. 22. August 1848) die Behandlungsweise mittelst Offerten anempfohlen worden, wobei nur solche Modalitäten gewählt werden müssen, daß den möglichen Anschuldigungen von Parteilichkeit durch streng zu beobachtende Oeffentlichkeit so wie durch ein genaues Nachkommen der veröffentlichten Behandlungsbedingungen sorgsamst begegnet werde. Endlich wurde durch Hfkrgsr. Circ. vom 24. Septbr. 1826, A. 8214 (Hfkzld. vom 23. Octbr. 1826, pol. G. S. Bd. 54, S. 110) das Verbot für alle verwaltenden und verrechnenden Civil- und Militärbehörden ausgesprochen, bei Unzulänglichkeit der Cassabarschaft, zur Bestreitung der vorkommenden Auslagen, wenn sie auch noch so dringend wären, Darlehen von Privaten aufzunehmen, oder aus eigenem Vermögen der ihrer Verwaltung anvertrauten Aerarilcasse Vorschüsse zu leisten, ferner Gelder von anderen ärarischen Cassen zu entlehnen, oder Naturalien und Materialien bei Privaten oder bei andern Staatsämtern darlehensweise aufzunehmen.

§. 868.

In wie weit ein Verbrecher gültige Verträge schließen könne, bestimmt das Strafgesetz über Verbrechen.

1) Nach §. 27 des Strafgesetzes ist mit den Strafurtheilen, wodurch ein Verbrecher zur Todesstrafe oder schweren Kerkerstrafe verurtheilt wird, kraft des Gesetzes die Wirkung verbunden, daß der Verbrecher, so lange seine Strafzeit dauert, weder unter Lebenden ein für ihn verbindliches Geschäft schließen, noch einen letzten Willen errichten kann. Er ist also allerdings fähig, ein bloß zu seinen Gunsten gemachtes Versprechen anzunehmen, wenn er nicht eine damit verknüpfte Last übernehmen muß. Daß diese Folgen auch mit einem wider Abwesende und Flüchtige geschöpften Strafurtheile verknüft sind, ist schon Bd. 1, S. 226 und 464 d. W. erörtert worden, sowie überhaupt die daselbst und die S. 597 ebd. gemachten Bemerkungen hierher zu beziehen kommen.

2) Weiters muß hier der Verfügung des Hfkzld. vom 1. December 1847, Nr. 1101 der J. G. S. erwähnt werden, welcher zu Folge diejenigen, die bei Bestand- oder sonstigen Verträgen über Aerarial-Lieferungen der Bestechung öffentlicher Beamten beschuldigt und überwiesen, oder doch wenigstens über die mit ihnen abgeführte gerichtliche Untersuchung von dem angeschuldigten Verbrechen nicht schuldlos erklärt worden sind, nebst der auf solche Verbrechen festgesetzten Strafe noch insbesondere von jeder Concurrenz zu derlei Verträgen ausgeschlossen sind.

3) Besondere Beschränkungen der Rechtsfähigkeit enthält noch ferner das Auswanderungspatent vom 24. März 1832, Nr. 2557 der J. G. S.), indem nach §. 10 desselben die der unbefugten Auswanderung schuldig Erkannten unfähig sind, in Oesterreich aus was immer für einem Titel Eigenthum zu erwerben, oder hintanzugeben.

4) Endlich sind die Deserteure nach den §§. 8 und 14 des Hfd. v. 21. Februar 1842, Nr. 599 der J. G. S. vom Tage ihrer Entweichung bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung aller bürgerlichen Rechte verlustig, somit auch über ihr zurückgelassenes Vermögen weder unter Lebenden noch auf den Todesfall zu verfügen berechtigt.

§. 869.

2) Wahre Einwilligung.

Die Einwilligung in einen Vertrag muß frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich, ganz unbestimmt, oder erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht kein Vertrag. Wer sich, um einen Anderen zu bevortheilen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.

1) Es ist schon oben erwähnt worden, daß ein Vertrag nur durch den übereinstimmenden Willen beider Theile zu Stande kommen

könne (§. 861); das Gesetz gibt nun in dem vorstehenden Paragraphen näher an, wie die Einwilligung beschaffen sein müsse, um einen giltigen Vertrag zu begründen, und erklärt vorerst die Freiheit des Willens als ein wesentliches Erforderniß hierzu. In welchem Sinne diese Verfügung zu nehmen sei, wird sich gleich später bei der Erläuterung der §§. 870, 874 und 875 ergeben.

2) Die Einwilligung muß ferner von beiden Seiten ernstlich sein, d. h. jeder Theil muß wirklich dasjenige wollen, was er zu wollen erklärt. Aeußerungen, die bloß zum Scherze oder bei einer dramatischen Darstellung, oder zur Uebung beim Unterrichte in einer Sprache u. dgl. gemacht werden, können daher nicht als verbindlich angesehen werden*). Ob übrigens eins oder das andere der Fall sei, muß wohl aus den jeweilig obwaltenden Umständen entnommen werden.

3) Weiters fordert das Gesetz, daß der Wille bestimmt erklärt, d. h. daß er durch solche Zeichen kundgegeben werde, welche auf das wirkliche Dasein desselben schließen lassen**). Deßhalb könnte z. B. ein bloßes Kopfnicken unter Umständen nicht als die Annahme eines gemachten Versprechens gelten.

4) Da ferner nicht der Wille selbst als eine innere Thatsache, sondern die Aeußerung desselben einen Gegenstand der Rechtsverfolgung bilden kann, so ist natürlich, daß die Erklärung desselben auch verständlich, d. h. so beschaffen sein muß, daß sich der Wille des Handelnden mit Bestimmtheit daraus entnehmen lasse. Zweifelhafte, undeutliche Ausdrücke berechtigen übrigens noch nicht zur Annahme einer gänzlichen Unverständlichkeit, sobald sich der wahre Sinn derselben im Wege der Auslegung feststellen läßt, wovon bei den §§. 914 u. 915 die Rede sein wird. Hätte sich jemand absichtlich, um einen andern zu bevortheilen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung vorgenommen, so kann zwar von einem giltigen Vertrage keine Rede sein, es tritt aber die Pflicht des Schadenersatzes und zwar nach dem Schlußsatze des §. 869 übereinstimmend mit den §§. 1323 und 1324 in dem Maße ein, daß volle Genugthuung geleistet werden muß. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn beide Parteien einverständlich eine Scheinhandlung (simulatio) unternahmen, worüber bei §. 916 das Weitere zu erörtern kömmt.

5) Endlich wird zur Giltigkeit des Vertrages auch die Uebereinstimmung des Willens beider Contrahenten erfordert (§. 861). Erfolgt also die Annahme unter andern Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist, so entsteht kein Vertrag***).

---

*) Vergl. Bd. 2, S. 307 d. W.

**) Vgl. §. 565, aus welchem erhellet, daß der Ausdruck „bestimmt" eine Eigenschaft der Willenserklärung, nicht des Vertrags-Gegenstandes bezeichne, wie die meisten Commentatoren des a. b. G. B. behaupten. Die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Gegenstandes kann erst beim §. 878 zur Sprache kommen.

***) Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem

§. 870.

Wer von dem annehmenden Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen worden, ist ihn zu halten nicht verbunden. Ob die Furcht gegründet war, muß von dem Richter aus den Umständen beurtheilet werden (§. 55).

1) Eine besondere Berücksichtigung im Gesetze erheischt der Zwang als Motiv des Willens, weil er, wie wir schon Bd. 2, S. 380 d. W. mit Savigny hervorgehoben haben, im geraden Widerspruche mit dem Zwecke alles Rechtes steht, vielmehr eine in das Recht störend eingreifende Unsittlichkeit in sich enthält, welche durch positive Gegenwirkungen von dem Rechtsgebiete abgewehrt werden muß. Es kömmt hierbei vor Allem der sogenannte mechanische Zwang (die physische Gewalt) von dem psychologischen Zwange (der Erregung von Furcht durch Drohung) zu unterscheiden. Im ersteren Falle kann von einer Willenserklärung, die in einer geistigen Thätigkeit besteht, gar keine Rede, sondern höchstens der täuschende Schein einer solchen vorhanden sein, wie wenn Jemanden z. B. mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde geführt würde *).

2) Anders gestaltet sich die Sache bei dem sogenannten psychologischen Zwange, der die Freiheit der Willenserklärung an sich nicht aufhebt, sondern dem Bedrohten immerhin die Wahl läßt, entweder die Handlung, wozu ihn der Drohende zwingen will, vorzunehmen, oder das angedrohte Uebel zu dulden **). Allerdings bleibt es aber wahr, daß der Gezwungene vermuthlich anders gehandelt hätte, wenn er von jenem drohenden Einfluß frei geblieben wäre. In dieser Beziehung kömmt nun zu unterscheiden, ob der Zwang von dem annehmenden Theile oder von einem Dritten ausgegangen ist. Im letzteren Falle ist der Vertrag in der Regel (§. 875) giltig.

Rührt dagegen der Zwang von dem contrahirenden Theile selbst her, so kann diesem aus seiner unrechtmäßigen Handlung kein Recht erwachsen. War der Zwingende dagegen berechtiget, das angedrohte Uebel

---

Stichum vocari credideris. §. 23. Inst. de inut stip. (3, 20). — In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenerit, ut aliud sentiat, puta, qui emit aut qui conduxit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coëunda respondendum est, ut, si dissentiant, aliud alio existimante, nihil veleat ea societas, quae in consensu consistit. fr. 57. Dig. de obl. et act. (44, 7).

*) Vergl. Savigny, System, Bd. 3, S. 100 und Bd. 1 S. 217 d. W. so wie die dort angeführe Stelle aus fr. 1. Dig. quod metus causa (4, 2). — Nihil consensui tam contrarium est, — heißt es im fr. 116. pr. Dig. de div. reg. j. a. (50, 17) — qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est.

**) S. Bd. 1, S. 215 u. Bd. 2, S. 308 d. W.

wider den Gezwungenen zu verhängen, so wird dadurch auch die Giltigkeit des Vertrages nicht beirrt*).

3) Wenn der Zwang überhaupt eine Wirkung äußern soll, so muß ferner die durch denselben erzeugte Furcht eine gegründete gewesen sein. Hierzu wird eben nicht erfordert, daß das angedrohte Uebel an und für sich ein großes, oder gerade gegen bestimmte Güter (Leben, Leib oder Freiheit, nicht auch Ehre oder Vermögen) **) gerichtet sei, sondern es genügt, wenn die damit bedrohte Person das Uebel für ein größeres ansah, als die Eingehung des Vertrages, zu der sie sich sonst nicht entschlossen hätte. Doch würde ein an sich ganz unbedeutendes oder bloß eingebildetes Uebel nicht hinreichen, um die Furcht als eine gegründete darzustellen ***), und eben so wenig wäre dieses der Fall, wenn es dem Bedrohten ein Leichtes gewesen wäre, die Verwirklichung der angewandten Drohung zu vereiteln, oder wenn diese überhaupt sich nicht als wahrscheinlich dargestellt hätte†). Daß übrigens bei der Beurtheilung dieser Momente auf die jeweilig obwaltenden Umstände, so wie auf die Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit der bedrohten Person genaue Rücksicht zu nehmen sei, wurde schon bei dem, im Gesetze auch citirten §. 55 (Bd. 1, S. 215 d. W.) erörtert. Hier kömmt nur noch beizufügen, daß die Gefahr dem Handelnden eben nicht für sich selbst angedroht werden müsse, sondern daß es von gleicher Wirkung sei, wenn ihm mit einem Uebel gedroht wurde, welches seine nächsten Angehörigen (Aeltern, Kinder, Gatten) treffen soll††).

4) Endlich ist es noch nothwendig, daß das Uebel in der Absicht angedroht werde, um dadurch die Abschließung eines Vertrages herbeizuführen, denn nur dann kann man sagen, daß der Contrahent zu dem Vertrage gezwungen worden sei†††); hätte er sich dagegen durch Rücksichten und Vorstellungen, welche durch keine Drohung erzeugt wurden, bewegen lassen, so kann ihm dieß zu keiner Entschuldigung dienen†*).

---

*) Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus recte intulit, scilicet jure licito, et jure honoris, quem sustinet. fr. 3. §. 1. Dig. quod metus causa. (4, 2). Daß ausnahmsweise bei der Abschließung des Ehevertrages auch eine gerechte Furcht die Einwilligung unwirksam macht, wurde bereits oben Bd. 1, S. 216 erwähnt.

**) Vgl. Savigny, System. Bd. 3, S. 105.

***) Vani timoris justa excusatio non est. fr. 184. Dig. de reg. jur. (50, 17).

†) Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus. fr. 9. pr. Dig. quod met. caus. (4, 2).

††) Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, quum pro affectu parentes magis in liberis terreantur. fr. 8. §. 3. Dig. l. c. (4, 2).

†††) In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecerit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum. fr. 14. §. 3. Dig. l. c. (4, 2).

†*) Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, quum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert. fr. 21. pr. Dig. l. c. (4, 2).

5) Die Wirkung des Zwanges besteht nun darin, daß derjenige, welcher beweisen kann*), daß er von dem annehmenden Theile zu dem Vertrage gezwungen worden sei, nicht verbunden ist, ihn zu halten. Würde er also auf die Erfüllung desselben geklagt, so kann er die Einwendung des gegen ihn geübten Zwanges (exceptio metus) entgegensetzen. Hätte er dagegen schon geleistet, so kann er nach §. 877 die Aufhebung des Vertrages verlangen, und daher (nach der Analogie des §. 1432) entweder die geleistete Sache zurückfordern, oder wenn dieß nicht möglich wäre, einen dem verschafften Nutzen angemessenen Lohn begehren, und es hat nach §. 874 derjenige, der die ungerechte Furcht bewirkt hat, überdieß für alle anderweitigen daraus entstandenen nachtheiligen Folgen Genugthuung zu leisten. Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß der Gezwungene auch befugt ist, den Vertrag aufrecht zu erhalten, in welchem Falle der Zwingende seinerseits sich der Erfüllung desselben nicht entschlagen kann.

§. 871.

Wenn ein Theil von dem anderen Theile durch falsche Angaben irre geführt worden, und der Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erkläret worden; so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit.

§. 872.

Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand, so bleibt der Vertrag, in so fern beide Theile in den Hauptgegenstand gewilliget, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig; allein dem Irregeführten ist von dem Urheber des Irrthumes die angemessene Vergütung zu leisten.

1) Unter Irrthum überhaupt versteht man (wie schon Bd. 2, S. 315 d. W. bemerkt wurde) denjenigen Zustand des Bewußtseins, in welchem die wahre Vorstellung eines Gegenstandes durch eine unwahre verdrängt ist. Wird diese unwahre Vorstellung absichtlich (durch falsche Vorspiegelungen, durch List) erzeugt, so ist ein Betrug vorhanden, wie ebenfalls Bd. 2, S. 319 d. W. angedeutet worden. Der Irrthum kann nun die Folge haben, daß er den zur Eingehung eines Vertrages erforderlichen Willen des Handelnden ausschließt, und in so ferne kommt er hier in Betrachtung. Das a. b. G. B. unterscheidet dießfalls, ob er durch den andern vertragschließenden Theil (absichtlich oder unabsichtlich) erzeugt

*) Vergl. die in der Anmerkung ** angeführte Stelle aus fr. 14, §. 3. Dig. (4, 2). „sufficit hoc docere etc." und fr. 23. pr. ebd.

(§§. 871—874), oder durch die falschen Angaben eines Dritten herbeigeführt wurde (§. 875), oder ob der Irrende selbst an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld trägt (§. 876).

2) Auch in Beziehung auf den Gegenstand des Irrthums kömmt zu unterscheiden, ob derselbe die Natur des einzugehenden Rechtsgeschäftes, oder die Sache, die das Object desselben bildet, oder die Person des Compaciscenten betrifft. — Was den ersten Fall anbelangt, so geschieht desselben in unserem Gesetze keine ausdrückliche Erwähnung; es scheint aber aus der Bestimmung des §. 869 hervorzugehen, daß ein Irrthum über die Art des Geschäftes das Zustandekommen eines giltigen Vertrages unmöglich mache, weil hier offenbar der Fall eintritt, daß die Annahme unter andern Bestimmungen erfolgt, als unter welchen das Versprechen geschehen ist, wie wenn z. B. Jemand einem Andern eine Sache zu leihen verspricht, und dieser der Meinung ist, daß er sie geschenkt erhalte, oder wenn er eine ihm geschenkte Summe bloß für dargeliehen hält*). Verschieden hievon ist der Irrthum im Beweggrunde des Willens (falsa causa), welcher in der Regel auf die Giltigkeit des Vertrages keinen Einfluß übt, es wäre denn, daß ihm die Gestalt einer Bedingung gegeben würde, wo er dann nach den hierüber bestehenden Grundsätzen (§. 901) zu beurtheilen kömmt**).

3) Betrifft der Irrthum den Gegenstand des Vertrages, so kann er von der Art sein, daß individuell bestimmte Sachen mit einander verwechselt werden (error in corpore), wie wenn z. B. der Verkäufer das Grundstück A im Sinne hat, der Verkäufer aber das Grundstück B an sich zu bringen vermeint***). Hier waltet ein Irrthum über die Identität des Gegenstandes ob, welcher jede Willens-Einigung ausschließt, er muß demnach als ein Irrthum in der Hauptsache angesehen werden, welcher zur Folge hat, daß für den Irregeführten keine Verbindlichkeit entsteht (siehe unten). Dasselbe ist natürlich der Fall, wenn der Gegenstand des Vertrages zwar nur der Gattung und Menge nach bestimmt ist, der Irrthum aber gerade

---

*) Non satis . . . est, dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit, et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. fr. 3. §. 1. Dig. de obl. et act. (44, 7). — Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit? videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. fr. 18. pr. Dig. de reb. cred. (12, 1). — Es scheint uns daher nicht richtig, wenn Nippel (in seinen Erläut. Bd. 6, S. 58) behauptet, daß derjenige, der eine geschenkte Summe Geldes als ein Darlehen nahm, sie nach entdecktem Irrthume unwiderruflich behalten könne.

**) Savigny, System. Bd. 3, S. 304.

***) Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti; nam quum in corpore dissentiamus, apparet, nullam esse emtionem. fr. 9. pr. Dig. de contr. emt. (18, 1). — In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenerit, ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conduxit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. fr. 57. Dig. de obl. et. act. (44, 7).

die Gattung selbst betrifft, wie wenn z. B. Wein mit Essig, Roggen mit Weizen, Gold mit Bronze u. dgl. verwechselt wird*). Herrscht dagegen bloß über die Quantität (Maaß, Gewicht, Preis u. s. w.) ein Mißverständniß, so kann man nicht sagen, daß der Irrthum die Hauptsache betreffe; es bleibt also der Vertrag giltig (§. 872), doch ist dem Irregeführten von dem Urheber des Irrthums die angemessene Vergütung zu leisten**). Handelt es sich bloß um die Eigenschaft einer Sache, so ist zu unterscheiden, ob dieselbe eine wesentliche, d. h. eine solche ist, bei deren Mangel die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört, oder ob der Irrthum nur andere, außerwesentliche Eigenschaften (Nebenumstände) betrifft. Im ersten Falle wird der Irrthum einem Irrthume in der Hauptsache gleichgehalten. So würde z B. für den Irregeführten keine Verbindlichkeit entstehen, wenn er unechte Perlen oder Edelsteine für echte, oder ein Geräthe aus Bronze für ein goldenes gekauft hätte***). Auf gleiche Weise müßte entschieden werden, wenn auch nur eine sogenannte natürliche, d. i. eine solche Eigenschaft mangelte, welche gewöhnlich mit der Sache verbunden ist, und daher bei selber vorausgesetzt zu werden pflegt; z. B. wenn eine gewöhnliche Sackuhr nach ihrer Einrichtung nur fähig wäre, die Stunden, nicht auch die Minuten zu zeigen †). Endlich kann durch ein besonderes Uebereinkommen der Parteien auch eine bloß zufällige Eigenschaft des Vertragsgegenstandes zu einer wesentlichen erhoben werden, wenn die Absicht des Paciscenten vorzüglich darauf gerichtet und erklärt worden ist. Letzteres ist insbesondere nothwendig, weil, wie schon oben bemerkt wurde, die Motive des Willens auf die Giltigkeit des Vertrages in der Regel keinen Einfluß üben. Hätte demnach z. B. ein

*) Man nennt einen solchen Irrthum häufig einen error in substantia, oder in materia, wiewohl diese Ausdrücke besser zu vermeiden wären (vgl. Savigny, System, Bd. 3, §§. 137 u. 138). — Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino vendat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit libro VI. Dig. emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, esti in materia sit erratum. Ego vino quidem consentio, quia eadem prope ὀυσία est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur. fr. 9. §. 2. Dig. de contr. emt. (18, 1).

**) Nach den Bestimmungen des römischen Rechtes ist darauf zu sehen in wie weit eine Willenseinigung wirklich vorhanden sei, wobei zu erwägen kömmt, daß, wer das Mehrere anbietet, auch das Mindere will, das darin enthalten ist, während derjenige, der das Mehrere beansprucht, nicht auch geneigt sein wird, sich mit dem Minderen zu begnügen. Sehr richtig entscheidet daher das fr. 52, Dig. locati (19, 2): Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

***) Massam argento cooperatam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens; nulla est emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur. fr. 41. §. 2. Dig. de contr. emt. (18, 1).

†) Nippel, Erläut. Bd. 6. S. 56.

Theil erklärt, daß er eine Uhr zu kaufen beabsichtige, welche auch die Secunden andeutet, so würde der Mangel dieser an sich nur zufälligen Eigenschaft einem wesentlichen gleich kommen; und ebenso würde keine Verbindlichkeit für den Irregeführten entstehen, wenn er ausdrücklich um ein zum Wettrennen geeignetes Pferd gefeilscht hätte, und dem ihm Uebergebenen diese Eigenschaft fehlte.

Betrifft dagegen der Irrthum nur andere unwesentliche Eigenschaften, wie die bessere oder minder gute Beschaffenheit u. dgl., so bleibt der Vertrag giltig, weil beide Theile in den Hauptgegenstand gewilliget haben *).

§. 873.

Eben diese Grundsätze sind auch auf den Irrthum in der Person desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden; in so fern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre.

1) Betrifft der Irrthum die Person des Contrahenten, so sollte er streng genommen einem Irrthume in der Hauptsache gleichgehalten werden, und es sollte daher für den Irregeführten keine Verbindlichkeit zur Einhaltung des Vertrages entstehen **). Da es aber häufig geschehen kann, daß der Irrende kein besonderes Interesse bei der Verwechslung der Personen hat, so fand es unsere Gesetzgebung für zweckmäßig, den Grundsatz dahin zu modificiren, daß der Vertrag nur in so ferne ungiltig sei, als er ohne den Irrthum entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art abgeschlossen worden wäre. Wann dieß behauptet werden könne, muß aus den obwaltenden Umständen jedes einzelnen Falles entnommen werden, und es lassen sich darüber kaum allgemeine Regeln aufstellen. Gemeiniglich wird eine Verbindlichkeit dann nicht zu Stande kommen, wenn durch den Vertrag Personenrechte begründet werden sollen, wie bei dem Ehevertrage (vgl. §. 57), bei der Annahme an Kindesstatt (§. 182), bei der Uebernahme in die Pflege (u. dgl.); ferner bei unentgeltlichen Verträgen, weil es dem Paciscenten nicht gleichgiltig sein kann, wem er eine Wohlthat erweise und bei solchen

---

*) . . . si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimabat; tunc emtio valet. fr. 10. Dig. de contr. emt. (18, 1). . . . . si inauratum (nicht vergoldet, sondern mit Gold vermischt, wie Savigny bemerkt, System, Bd. 3, S. 279) aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio, si autem aes pro auro veneat, non valet. fr. 14. ibd.

**) An dieser Ansicht hält auch das römische Recht fest (Savigny, System Bd. 3, S. 269). Si et me et Titium mutuam pecuniam rogareris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, (hoc enim, nisi inter consentientes, fieri non potest) sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. fr. 32. Dig. de reb. cred. (12, 1.)

Rechtsgeschäften, bei denen es auf besondere Eigenschaften des Contrahenten (z. B. wenn bei einem bestimmten Künstler eine Arbeit bestellt werden sollte) *), oder auf ein besonderes Vertrauen (wie bei dem Darlehensvertrage, der Bevollmächtigung, dem Gesellschafts-Vertrage u. dgl.) ankömmt. Bei andern entgeltlichen Verträgen aber, wie beim Kaufe, beim Tausche, bei der Miethe, bei welchen in der Regel**) nur der Werth der Gegenleistung in Betrachtung gezogen wird, dürfte füglich behauptet werden können, daß die Person des Compaciscenten als völlig gleichgiltig erscheine.

2) Waltet ein Irrthum nicht in der Person selbst, sondern nur in den Eigenschaften derselben (z. B. dem Alter, den Vermögensverhältnissen u. dgl.) ob, so kann er die Giltigkeit des Vertrages nicht berühren, es wäre denn, daß er eigentlich in einen Irrthum in der Person überginge (vergl. Bd. 1, S. 221 d. W.).

3) Ist die Sache oder Person bloß unrichtig benannt oder beschrieben, also von den Parteien richtig gedacht, und nur der Name oder die Bezeichnung verwechselt worden, so ist der Irrthum als ein unwesentlicher zu betrachten (vgl. Bd. 2, S. 317 d. W.)***).

4) Was die Folgen eines, nach dem Früheren als wesentlich anzusehenden Irrthums betrifft, so hat unser b. G. B. als solche keineswegs die Ungiltigkeit des Vertrages an und für sich ausgesprochen, sondern nur (im §. 871) verfügt, daß für den Irregeführten keine Verbindlich-

---

*) Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam aedificandam, fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fidejussor ipse aedificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum. fr. 31. Dig. de sol. et lib. (46, 3).

**) Auch hier kann aber eine Ausnahme eintreten, z. B. bei dem Kauf auf Borg, wo der Credit des Käufers von Einfluß ist u. dgl.

***) Si in nomine servi, quem stipulaverimus dari, erratum fuisset, quum de corpore constitisset, placet stipulationem valere. fr. 32. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio et venditio; nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. fr. 9, §. 1. Dig. de contr. emt. (18, 8). — Vgl. auch den von Freudenreich im Juristen Bd. 8, S. 338 mitgetheilten Rechtsfall. Katharina Z. besaß zwei Häuser, von welchen sie das Eine Nro. 36, vorhin 16, von ihrem ersten Ehegatten erhalten, das andere, Nr. 28 im J. 1836 gekauft hatte. Das erste dieser beiden Häuser verkaufte sie binnen kurzem wieder, das zweite wollte sie aber sammt dem dabei befindlichen Garten in das Eigenthum ihres zweiten Ehegatten übertragen. Bei der Ausfertigung des dießfälligen Vertrages wurde das gedachte Haus zwar mit der Nummer 28 und seinen wirklichen, von den Hausgenossen angegebenen Grenzen bezeichnet, jedoch irrig beigefügt, daß es der Katharina Z. nach dem Tode ihres ersten Ehegatten eingeantwortet worden sei. Das Appellationsgericht (in dem Erkenntnisse vom 31. Mai 1838, Z. 6718) sowie der oberste Gerichtshof (in dem bestätigenden Urtheile vom 4. October 1838, Z. 5491) erkannten hierin keinen wesentlichen Irrthum, da das Eine Haus zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht mehr Eigenthum der Katharina Z. war, folglich auch nicht das Object ihrer ernstlichen Willensäußerung sein konnte, und da bei Häusern die Conscriptionszahl, unter welcher das überlassene Haus richtig im Contracte angegeben ist, eine genugsam individualisirende Bezeichnung bildet.

keit entstehe. Er kann also (vgl. §. 877) die Aufhebung des Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangen, und zwar entweder im Wege der Einrede, wenn er auf Erfüllung des Vertrages belangt würde, oder im Wege der Klage, wenn er von seiner Seite bereits geleistet hätte. Dagegen steht es ihm allerdings frei, von diesem Rechte keinen Gebrauch zu machen, und den Vertrag dadurch aufrecht zu erhalten; in welchem Falle sohin dem andern Theile keineswegs die Befugniß eingeräumt ist, auf Ungiltigerklärung des Vertrages zu dringen, da er sich eben in keinem Irrthume befindet; er kann demnach immerhin verhalten werden, dasjenige zu leisten, was er seiner Seits zu leisten beabsichtigte.

5) Ist der Irrthum ein außerwesentlicher, so bleibt, wie schon oben erwähnt wurde, der Vertrag aufrecht, und es liegt nur dem Urheber des Irrthums die Verpflichtung ob, dem Irregeführten angemessene Vergütung zu leisten.

§. 874.

In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirkt hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten.

1) Die Anordnung des vorstehenden Paragraphen kann sich nicht auf jenen Schaden beziehen, welcher dem in Furcht oder Irrthum versetzten Theile aus dem Vertrage selbst zugeht; denn dieser Schade kann entweder durch die Aufhebung des Vertrages Mangels Einwilligung (nach §. 877) beseitiget werden, oder kömmt schon nach dem Grundsatze des §. 872 zu vergüten. Es ist also hier offenbar von einem anderweitigen Schaden die Rede, welcher dem Gezwungenen oder Getäuschten noch außerdem zugefügt wurde, indem er z. B. durch die ihm eingejagte Furcht in eine Krankheit verfallen ist, oder in Folge des eingetretenen Irrthums einen Aufwand gemacht hat, dessen Ersatz er nicht schon nach dem Obigen erlangen kann, wie wenn er z. B. einen Stall für das vermeintlich gekaufte Pferd gemiethet hätte u. dgl. Die Vergütung dieses Schadens kann nur nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verbindlichkeit zum Schadenersatze gefordert werden (§. 1295).

2) Wurde daher der Vertrag von dem annehmenden Theile durch ungerechte Furcht bewirkt, so muß dieser dem Beschädigten nach §. 1324 die volle Genugthuung leisten; war dagegen die Drohung eine gerechte, so kann von einem Ersatzanspruche keine Rede sein, weil derjenige, der von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nach §. 1305 nicht zu verantworten hat.

3) Ebenso ist nach §. 1324 die volle Genugthuung zu leisten, wenn ein Compaciscent von dem Anderen absichtlich durch falsche Angaben irre geführt, wenn der Vertrag, wie sich der §. 874 ausdrückt, durch List herbeigeführt wurde. Wenn aber auch die Täuschung eine unabsichtliche, jedoch

verschuldete gewesen, müßte unseres Erachtens zwar nicht volle Genugthuung, aber allerdings die eigentliche Schadloshaltung geleistet werden.

§. 875.

Ist der versprechende Theil von einem Dritten entweder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen, oder durch falsche Angaben irre geführt worden; so ist der Vertrag giltig. Nur in dem Falle, daß der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm, oder dieselbe offenbar wissen mußte, ist er eben so nach den §§. 870—874 zu behandeln, als wenn er selbst den anderen Theil in Furcht oder Irrthum versetzt hätte.

1) Bisher war von dem Falle die Rede, wo die Furcht oder der Irrthum des Paciscenten durch den andern contrahirenden Theil erzeugt wurde; nunmehr geht das Gesetz auf den zweiten Hauptfall über, wenn nämlich nicht der Compaciscent selbst, sondern ein Dritter den in Frage stehenden Einfluß geübt hat, und bestimmt, daß derselbe die Giltigkeit des Vertrages nicht beirre*). Es ist hierbei wohl auf die Anforderungen des Verkehrs Rücksicht genommen, da der Vertrag schließende Theil sich nur an die Aeußerung des Willens halten, den inneren Seelenzustand des Handelnden aber nicht in Betrachtung ziehen kann.

2) Hierdurch erklärt sich auch die weitere Verfügung des §. 875, daß in dem Falle, als der annehmende Theil um das obwaltende Verhältniß gewußt hat, oder offenbar darum wissen mußte, die nämlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie wenn er selbst den andern Theil in Furcht oder Irrthum versetzt hätte**), weil er unter solchen Voraussetzungen zu erkennen im Stande war, daß der Compaciscent den Vertrag gar nicht oder wenigstens nicht auf die nämliche Art geschlossen hätte, wenn er von jenen Einflüssen frei geblieben wäre.

3) Hat der annehmende Theil gar an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil genommen, so erscheint er als Miturheber der Furcht oder des Irrthums, und kömmt daher nach den oben, in den §§. 870 bis 874 entwickelten Grundsätzen zu behandeln.

---

*) Anders nach römischem Rechte, wo die Wirkung der Drohung sich nicht auf den Urheber allein beschränkt, sondern auch auf andere schuldlose Personen erstreckt (wie man sagt in rem geht). Vergl. Savigny System. Bd. 3, S. 107. — Puchta, Pandekten. §. 56. S. 83. — Auch bei dem Irrthume, der den zum Geschäfte erforderlichen Willen des Handelnden ausschließt, ist es nach römischem Rechte gleichgiltig, ob er von dem Contrahenten oder von einem Dritten erzeugt wurde. Puchta, a. a. O. §. 65. S. 98.

**) Non interest, a quo vis adhibita sit patri et patruo tuo, utrum ab emtore, an vero sciente emtore ab alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur. Nam si adhibita vi compulsi sunt possessiones suas, quae majore valebant, minimo distrahere, jurisdictionis tenore, ut id, quod improbe factum est, in priorem statum revolvatur, impetrabunt. const. 5. Cod. de his quae vi metuve etc. (2, 20).

§. 876.

Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, daß dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte.

1) Ganz ähnliche Verhältnisse ergeben sich in dem dritten Hauptfalle, wenn der versprechende Theil selbst an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld trägt, oder wenn die Furcht, in die er sich versetzt fand, nicht durch die Drohung eines Andern herbeigeführt wurde; der Vertrag muß im Allgemeinen aus den eben angeführten Gründen als zu Recht bestehend anerkannt werden.

2) Nur wenn der annehmende Theil um den obwaltenden Irrthum wußte, oder wenn ihm dieser aus den Umständen, z. B. aus dem hohen Preise, der für einen unechten (aber als echt angesehenen) Schmuck geboten wurde, auffallen mußte, entsteht für den Irrenden keine Verbindlichkeit, weil auch hier der Mangel einer wahren Einwilligung offen am Tage liegt.

3) Wurden beide Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen, oder durch Irrthum zur Eingehung desselben verleitet, so kommen die oben entwickelten Grundsätze auf beiden Seiten zur Anwendung, und es kann nicht etwa behauptet werden, daß die stattgefundenen Einflüsse sich gegenseitig aufheben, also die Ungiltigerklärung des Vertrages von keinem Theile gefordert werden könne.

§. 877.

Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch alles zurück stellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheile erhalten hat.

1) Aus dem Obigen erhellet, daß unser Gesetz einen durch Furcht oder Irrthum herbeigeführten Vertrag nicht als an sich ungiltig betrachtet, sondern daß es nur unter gewissen Voraussetzungen dem Gezwungenen oder Irrenden gestattet, die Aufhebung desselben aus Mangel der Einwilligung zu verlangen. Geschieht dieses im Wege der Klage, so muß dieselbe, wenn sich der andere vertragmachende Theil keiner List schuldig gemacht hat, binnen drei Jahren angebracht werden, widrigenfalls sie nach §. 1487 verjährt wäre, und es muß von Seite desjenigen, der die Aufhebung verlangt, schon nach allgemeinen processualischen Grundsätzen der Beweis des unterlaufenen Zwanges oder Irrthums geführt werden*), wobei freilich auf die obwaltenden Umstände Rücksicht zu nehmen sein dürfte**).

---

*) Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. fr. 18. §. 1. Dig. de prob. (22, 3).

**) Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. const. 6. Cod. de dolo malo (2, 21).

2) Erfolgt die Aufhebung aus dem in Frage stehenden Grunde, so ist es natürlich, daß auch andererseits derjenige, der sie erwirkt hat, Alles zurückstelle, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheil, also als Gegenleistung, erhalten hat, weil er sich sonst mit fremdem Schaden bereichern würde, und weil jene Leistung nur unter der Voraussetzung der Giltigkeit des eingegangenen Vertrages erfolgte; daher mit der Ungiltigerklärung desselben auch der rechtliche Grund, sie zu behalten, aufhört (§. 1435). Könnte die Zurückstellung nicht mehr erfolgen, so müßte nach der Analogie des §. 1431 ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn entrichtet werden.

§. 878.

3) Möglichkeit der Leistung.

Ueber Alles, was im Verkehre steht, können Verträge geschlossen werden. Was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines giltigen Vertrages werden. Wer einen Anderen durch dergleichen Zusagen täuschet; wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzet; oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, bleibt dafür verantwortlich.

1) Einen weiteren Gegenstand der Betrachtung bietet die, den Inhalt des Vertrages bildende Leistung dar*). Diese kann zuvörderst eine positive oder negative sein, je nachdem sie in einem Thun oder Unterlassen besteht; das Thun selbst aber ist wieder ein Geben oder ein Thun im engeren Sinne. Im ersten Falle (des Gebens) wird dem Gläubiger das Eigenthum (z. B. bei der Schenkung, dem Kaufe) oder ein anderes dingliches Recht (bei der Bestellung einer bejahenden Dienstbarkeit) oder auch nur der vorübergehende Gebrauch einer Sache (beim Leih- oder Bestandvertrage) verschafft, und es sind hierher auch andere Vermögenserweiterungen (z. B. durch Abtretung einer Forderung oder Erlaß einer Schuld) zu rechnen. Das Thun umfaßt alle Handlungen, die nicht unter den Begriff des Gebens fallen, und theils in einer Arbeit, in der Anstrengung körperlicher oder geistiger Kräfte (beim Lohnvertrage), theils in einer andern Thätigkeit (z. B. bei der Uebernahme einer Bürgschaft) bestehen. Die negative Leistung endlich erscheint in der Gestalt einer Unterlassung von Handlungen zu denen man sonst befugt wäre, wie bei der Bestellung einer sogenannten verneinenden Servitut, bei den Bannrechten des altdeutschen Rechtes und dergleichen.

2) Die Leistung kann ferner eine bloß vorübergehende oder eine dauernde sein. Bei der ersteren fällt die Erlöschung der Verbindlichkeit mit der Erfüllung des Vertrages zusammen (z. B. beim Kaufe, Tausche, der Schenkung u. s. w.), während sich die letztere über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum verbreitet (z. B. beim Darlehen, dem Bestandvertrage, den Reallasten u. dgl.).

---

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, §. 28.

3) Eine dritte Unterscheidung der Leistungen in theilbare und untheilbare wird bei den §§. 889 und 890 näher erörtert werden.

4) Der Gegenstand einer Verpflichtung kann ferner bestimmt oder unbestimmt sein. Ist die Leistung völlig unbestimmt, wie wenn z. B. Jemand Getreide ohne nähere Angabe der Quantität zu geben verspricht*), so entsteht kein giltiger Vertrag, weil dieser durch eine ganz werthlose Leistung (z. B. einige Getreidekörner) als erfüllt angesehen werden müßte; dagegen ist es nicht nothwendig, daß der Gegenstand der Leistung jederzeit individuell bestimmt (species) sei, sondern es genügt, wenn dieß der Gattung nach geschieht**) (genus), z. B. ein Pferd überhaupt, oder wenn bei Sachen, bei denen die Unterscheidung der Individuen völlig gleichgiltig ist (bei s. g. Quantitäten), die Zahl, das Maß oder Gewicht angegeben erscheint***) (z. B. zehn Metzen Getreide), oder auch eine Arbeit, welche der Schätzung unterworfen ist†). Weitere Fälle einer wenigstens theilweisen Unbestimmtheit sind vorhanden, wenn Sachen in Pausch und Bogen (per aversionem), nämlich so wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht, behandelt werden (§. 930), oder wenn die Hoffnung der künftigen Nutzungen einer Sache (Hoffnungskauf §. 1276) den Gegenstand des Vertrages bildet; in gewisser Beziehung auch, wenn bei alternativen Verbindlichkeiten dem Schuldner die Wahl freisteht, wovon bei §. 906 die Rede sein wird.

5) Endlich kömmt hier noch von der Möglichkeit und Unmöglichkeit der Leistung zu handeln. Nach dem, was wir bereits oben (Bd. 3, S. 4 d. W.) über das Wesen des persönlichen Sachenrechtes bemerkt haben, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dasjenige, was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich ist, kein Gegenstand eines giltigen Vertrages zu werden vermag††).

---

*) Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quaestio est, non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis et certae quantitatis, id habebitur pro expresso; alioquin si, quum destinare genus et modum vellet, non fecerit, nihil stipulatus videtur, igitur nec unum quidem modium. fr. 94. Dig. de verb. obl. (45, 1).

**) In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. fr. 54. pr. Dig. de verb. obl. (45, 1). — .... si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. fr. 75, §. 1. ibd.

***) Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. fr. 2. §. 1. Dig. reb. cred. (12, 1).

†) Vergl. fr. 26. §. 12. Dig. de cond. ind. (12, 6). — Insbesondere gehören hierher auch Geldschulden, worüber sehr eingehende Untersuchungen bei Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 403 u. ff. zu finden sind.

††) Si stipuler, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut id detur, quod dari non potest. fr. 35. pr. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Quod ... impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit. fr. 31. Dig. de reg. jur. (50, 17). — Impossibilium nulla obligatio est. fr. 185. ibd.

Die Unmöglichkeit kann auf natürlichen (physische Unmöglichkeit) oder auf Rechts-Gründen beruhen (rechtliche Unmöglichkeit). Ersteres ist der Fall, wenn eine Sache versprochen wird, die nach Naturgesetzen gar kein Dasein haben kann (z. B. ein fabelhaftes Thier), oder die niemals ein Dasein gehabt hat oder schon zu Grunde gegangen ist*), oder wenn das Versprechen an eine unmögliche Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft wurde (vgl. unten §§. 897 u. 898). Eine rechtliche Unmöglichkeit ist dann vorhanden, wenn das, was geleistet werden soll, nach dem Rechtsgesetze nicht geleistet werden kann, insbesondere wenn Gegenstände versprochen werden, die dem Verkehre entzogen sind**) (vergl. die Zusätze zu §. 355, Band 1, S. 702 d. W.). Verschieden hievon ist der Fall, wenn der Gegenstand der Leistung erst nach erfolgtem Abschlusse des Vertrages dem Verkehre entzogen wird (§. 880) oder zu Grunde geht (§. 1447), wovon am zukömmlichen Orte wird gehandelt werden. Eben so wenig darf, wie wir schon Bd. 2, S. 530 u. 532 d. W. hervorgehoben haben, die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung mit der Unerlaubtheit derselben verwechselt werden, welche dann Platz greift, wenn die vorzunehmende Handlung oder Unterlassung einem Justiz- oder politischen Gebots- oder Verbotsgesetze widerstreitet, oder einer absolut bestimmten moralischen Verpflichtung entgegen läuft***). Der Wirkung nach ist aber auch das Versprechen einer absolut unsittlichen oder rechtswidrigen Handlung als ungiltig anzusehen, weil eine richterliche Hilfe zur Bewirkung derselben niemals gewährt werden darf†).

6) Wenn nun gleich keine Verbindlichkeit zu einer (physisch oder rechtlich) unmöglichen oder geradezu unerlaubten Leistung bestehen kann, so ist es doch immerhin möglich, daß aus einer solchen Zusage eine anderweitige Verbindlichkeit, nämlich zur Leistung des Schadenersatzes hervorgehe. Dieß ist nämlich der Fall, wenn der annehmende Theil mit der Unmöglichkeit der Leistung unbekannt war††), und der versprechende Theil, da er selbst die

*) At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus est, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. §. 1. Inst. de inut. stip. (3, 19). — Sed et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est. fr. 15. pr. Dig. de contr. emt. (18, 1). — Siehe auch fr. 69 u. 97. pr. Dig. de verb. obl. (45, 1).

**) Idem juris est (d. h. inutilis erit stipulatio,) si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita est, ut forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuit, vel rem suam dari quis stipulatur. §. 2. Inst. de inut stip. (3, 20). — Vgl. auch fr. 82. pr. fr. 103. Dig. de verb. obl. (45, 1) und fr. 182. Dig. de reg. jur. (50, 17).

***) Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti, — veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. fr. 26. und 27. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Vgl. auch die Bd. 2, S. 534 d. W. angeführte Stelle aus dem fr. 15 Dig. de cond. inst. (28, 7).

†) Vgl. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 383 u. Bd. 2. S. 288.

††) Hat er die Unmöglichkeit gewußt, so hat er sich den ihm zugehenden Schaden nur selbst zuzuschreiben, kann also keinen Ersatz fordern. Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem se emere non posse, nec cujuscunque rei, si scias alienationem prohibitam esse, ut sacra et religiosa loca,

Unmöglichkeit wußte, ihn getäuscht hat*). War auch dem Promittenten die Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannt, so ist er nach unserem Gesetze nur dann zum Schadenersatze verpflichtet, wenn ihm eine schuldbare Unwissenheit zur Last fällt**). In keinem Falle darf ein Theil aus dem Schaden des andern Nutzen ziehen.

§. 879.

Insbesondere sind, außer den am gehörigen Orte angeführten, folgende Verträge ungiltig:

1) Wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

2) wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Uebernehmung der Cur; oder

3) wenn ein Rechtsfreund sich für die Uebernehmung eines Processes eine bestimmte Belohnung bedingt, oder eine ihm anvertraute Streitsache an sich löset;

4) wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird.

1) Mannigfaltige, insbesondere politische Gründe können die Gesetzgebung bewegen, gewisse Verträge für ungiltig zu erklären. Dieß geschah theils an den geeigneten Stellen unseres a. b. G. B. selbst (z. B. in den §§. 45, 998, 1196, 1208, 1259, 1371, 1372, 1382, 1383, 1384, 1502), theils in dem vorstehenden Paragraphen, theils in anderen politischen Verordnungen.

2) Den unter der Z. 1 aufgeführten Vertrag erklärte das Gesetz deßhalb für ungiltig, weil bei der Eingehung einer Ehe die Freiheit des Willens vor allen unlauteren Einflüssen möglichst gewahrt werden muß, um nachtheilige Folgen zu verhüten, und weil allerdings zu befürchten steht, daß von Seite eines Unterhändlers um des ihm zugesicherten Lohnes Willen Alles aufgeboten würde, um die Ehe zu Stande zu bringen, wenn sich auch kein günstiges Resultat derselben erwarten ließe. Dagegen könnte für die bloße Bewirkung einer näheren Bekanntschaft, oder für die Zustandebringung vortheilhafter Ehepacten eine Belohnung giltig ausbedungen und eine solche

---

aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius. fr. 6. pr. Dig. de contr. emt. (18, 1) u. a. m.

*) Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit, quae tamen si pro privatis vel profanis, deceptus a venditore, emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse §. 5. Inst. de emt. (3, 23); siehe auch fr. 62. §. 1. Dig. de contr. emt. (18, 1).

**) Noch weiter geht dießfalls das römische Recht beim Kaufe und den demselben verwandten Verträgen. S. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 290.

auch dann gefordert werden können, wenn sie ohne Rücksicht auf den Erfolg der Unterhandlung zugesichert worden wäre; endlich ist auch die bloße Vergütung der bei der Unterhandlung aufgewendeten Kosten nicht hierher zu rechnen, und eben so wenig die Zusicherung einer Belohnung, die dem Unterhändler erst nach bereits abgeschlossener Ehe gemacht worden. Die Frage, ob eine Belohnung, welche für die Unterhandlung eines Ehevertrages nicht bloß bedungen, sondern bereits wirklich entrichtet worden ist, zurückgefordert werden könne, wird von Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 48) mit Berufung auf den §. 1174 des a. b. G. G. verneint. Allein mit Recht bemerkt Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 74) hiergegen, daß die Unterhandlung eines Ehevertrages weder eine unmögliche, noch eine unerlaubte Handlung sei, daß also der §. 1174 darauf keine Anwendung erleide. Ueberdieß scheint ja die im §. 879 ausgesprochene Ungiltigkeit des dießfälligen Vertrages nothwendiger Weise das Recht auf Rückforderung dessen zu begründen, was aus diesem Vertrage geleistet worden, zumal derselbe sonst nicht ungiltig, sondern nur nicht klagbar wäre*).

3) Die Instruction vom 3. November 1808, Z. 16135 (§. 4) verpflichtet jeden Arzt, und eine Instruction von gleichem Datum (im §. 11) jeden Wundarzt, wenn er von einem Kranken zu irgend einer ärztlichen (chirurgischen) Verrichtung aufgefordert wird, sich derselben unweigerlich mit allem Fleiße und aller Redlichkeit zu unterziehen, bei Behandlung Hoher und Niederer, Armer und Reicher die gleiche Sorgfalt anzuwenden und insbesondere in was immer für Unglücksfällen seine Hilfeleistung unter keinerlei Vorwand zu versagen. Ebenso weist auch die Instruction für die Hebammen im §. 4 dieselben an, den Gebärenden bei Tag und Nacht ihre Hilfe mit Bereitwilligkeit und größtem Fleiße zu leisten. Für diese Bemühungen können sie sohin (nach §§. 1152 u. 1163 des b. G. B.) eine angemessene Belohnung ansprechen, welche sogar im Concurse der Gläubiger eines besonderen Vorzuges genießt**). Sie im Voraus von dem Kranken sich zusichern zu lassen, wurde ihnen aber nicht gestattet, weil dieser sich in einer Zwangslage befindet, in welcher ihm leicht das Versprechen einer übermäßigen Belohnung abgedrungen werden könnte. Wurde dagegen die Belohnung nicht von dem Kranken selbst, sondern von einer dritten Person (z. B. den Angehörigen des Patienten) zugesichert, so ist der Vertrag giltig. Ebenso ist der §. 879 auch nicht auf die einem Thierarzte geschehene Zusicherung anwendbar***).

---

*) Das Joseph. G. B. verfügte insbesondere im §. 40 des III. H. St. daß „das (dem Unterhändler) bereits Gegebene sowohl vor als nach der Heirath binnen einem Jahre, als dieselbe geschlossen worden, zurückgefordert werden könne; es würde denn erwiesen, daß es auf jeden Fall, ohne Bedingniß, ob die Heirath erfolge oder nicht erfolge, freiwillig geschenkt worden."

**) Nach §. 15 lit. d. der Conc. Odg. sind in die erste Classe zu setzen: die Aerzte, Wundärzte (und Apotheker) mit dem, was sie von einem Jahre her an dem Verschuldeten für ihre Bemühungen (und abgegebenen Arzneien) zu fordern haben. — Die gleiche Verfügung enthält §. 124 der gal. und §. 117 der ital. G. O. und der §. 20 der ungar. u. siebenb. C. O.

***) Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4, S. 36.

4) Aehnliche Gründe, wie die unter der Z. 3 angeführten, haben die Gesetzgebung bewogen, auch jenen Vertrag für ungiltig zu erklären, mittelst dessen sich ein Rechtsfreund für die Uebernehmung eines Processes eine bestimmte Belohnung bedingt; ja die Gerichts- und Advocaten-Ordnungen gehen noch weiter, indem sie dem Rechtsfreunde untersagen, nicht nur für die Uebernahme, sondern auch für die Führung*) oder für die Behauptung**) eines Processes sich eine bestimmte Belohnung voraus zu bedingen; dagegen räumt das Gesetz***) aber auch den Advocaten die Befugniß ein, von den Parteien die Bezahlung nicht nur der bestrittenen Kosten, sondern auch ihres Verdienstes (der Advocatengebühren) zu verlangen.

5) Eben so verbietet das Gesetz den Advocaten, eine ihnen anvertraute Streitsache an sich zu lösen, weil zu befürchten steht, daß sie durch falsche Vorspiegelungen über die Schwierigkeit und den muthmaßlichen Ausgang des zu führenden Processes einen unlautern Einfluß üben könnten, um günstige Bedingungen für einen solchen Vertrag zu erzielen †). Wäre dagegen die Streitsache bereits durch rechtskräftiges Urtheil entschieden, so könnte sie von dem Rechtsfreunde allerdings an sich gelöst werden, gleich wie es auch jedem Advocaten freisteht, eine nicht ihm, sondern einem andern Rechtsfreunde anvertraute Streitsache an sich zu lösen.

6) Das Erbrecht tritt erst nach dem Tode des Erblassers ein (§. 536); es ist also, so lange dieser lebt, für den Berufenen nur ein „gehofftes", und noch keineswegs ein wirklich vorhandenes Recht; es kann daher auch keinen Gegenstand der Uebertragung bilden, und zwar dieß um so weniger, als sich hinter derlei Verträgen meistens nur wucherische Uebereinkünfte verbergen, oder gar die Besorgniß einer absichtlichen Beschleunigung des

---

*) §. 25 der ungar. Adv. Odg. vom 24. Juli 1852. Nr. 170 des R. G. Bl. und der siebenb. Adv. Odg. vom 10. October 1853, Nr. 251 des R. G. Bl.

**) §. 423 der a. G. O. verfügt: „Kein Advocat soll sich auf den Fall, da er den Proceß gewinnen würde, eine besondere bestimmte Belohnung voraus bedingen." Aehnlich lautet der §. 553 der gal. und der §. 541 der ital. G. O. — Die genannten Paragraphen, so wie das Hofd. vom 22. Mai 1789, Nr. 1013 der J. G. S. lit. b bedrohen den Advocaten, der dieses Verbot überschreiten sollte, mit dem Verluste des stalli advocandi. — Vgl. auch Nippels Mater. S. 122.

***) Vgl. §§. 1152 und 1163 des a. b. G. B., dann §§. 424—427 der a. G. O., §§. 554—558 der gal. und §§. 542—546 der ital. G. O. — ferner die Ref. v. 14. Juni 1784, Nr. 306 der J. G. S. lit. e u. f, das Hofd. vom 30. Septbr. 1785, Nr. 473 lit. b, und Hofd. vom 4. Octbr. 1833, Nr. 2633 ebd. und die §§. 26—30 der ungar. und der siebenbürg. Adv. Odg.

†) Vgl. §. 423 der allg., §. 553 der gal., und §. 541 der ital. G. O., dann §. 25 der ungar. u. siebenb. Adv. O. — So heißt es schon im fr. 53. pr. Dig. de pact. (2, 14): Sumtus quidem prorogare litiganti honestum est; pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis restituatur, sed pars dimidia ejus, quod ex ea lite datum erit, non licet. — Das fr. 1. §. 12. Dig. de extr. cogn. (50, 13) sagt: Si cui cautum est honorarium, vel si quis de lite pactus est, videamus, an petere possit? Et quidem de pactis ita est rescriptum ab Imperatore nostro et divo patre ejus: *Litis causa malo more pecuniam sibi promissam ipse quoque profiteris.* Sed hoc ita est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur.

Todes der betreffenden Person zu befürchten stände*). Dagegen ist der Kauf einer bereits angefallenen Erbschaft nach §. 1278 des b. G. B. allerdings gestattet.

7) Außer den im b. G. B. selbst angeführten Verträgen gibt es auch noch andere, denen die (meist politischen) Gesetze die Giltigkeit versagen. Ohne eine vollständige Aufzählung derselben auch nur versuchen zu wollen, sei es uns bloß gestattet, einiger wichtigerer Verabredungen dieser Art hier Erwähnung zu thun:

a) Nach dem Hofd. vom 6. Juni 1838, Nr. 277 der Just. G. S. (Nr. 63 des Anh. z. b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 60 des Anh. zum b. G. B. für Siebenbürgen) sind Verträge, wodurch Jemand bei einer von was immer für einer Behörde veranstalteten öffentlichen Versteigerung als Mitbieter nicht zu erscheinen, oder nur bis zu einem bestimmten Preise, oder sonst nur nach einem gegebenen Maßstabe oder gar nicht mitzubieten verspricht, ungiltig, und findet auf die für die Erfüllung dieses Versprechens zugesicherten Beträge, Geschenke oder andere Vortheile kein Klagerecht Statt. Hinsichtlich desjenigen, was dafür wirklich bezahlt oder übergeben worden ist, hat die Anordnung des §. 1174 ihre Anwendung zu finden. Auch kann die Giltigkeit der Versteigerung aus dem Grunde einer solchen unerlaubten Verabredung nicht angefochten werden.

b) Zufolge Hofd. vom 15. März 1833, Nr. 2603 der Just. G. S. sind Verträge, vermöge welcher Grundeigenthümer einen Theil ihrer Realitäten auf die Lebenszeit gewisser Personen gegen Vorbehalt des Rückfalles bei dem Tode derselben, überlassen, weder intabulations- noch executionsfähig, noch von irgend einer Wirkung.

c) Alles Kaufen und jeder wie immer geartete Handel (Agiotage) mit Silber- und Kupfer-Scheidemünze ist nach den Patenten vom 26. Mai 1746 (Cod. austr., Bd. 5, S. 221), vom 12. Juni 1768 (ebd. Bd. 6, S. 1117), vom 12. October 1802 (pol. G. S., Bd. 18, S. 190), dann nach dem Hofkzld. vom 20. März 1807 (ebd. Bd. 28, S. 58) und dem Minist. Erlasse vom 28. November 1850 (Nr. 451 des R. G. Bl.) verboten.

d) Weiters verordnet das Hofkrgsr. Rescr. vom 23. Februar 1848, W. 289, daß jedes offen oder verdeckt geschlossene Uebereinkommen, wodurch ein in activer Dienstleistung stehender Officier seine Charge im Wege der Quittirung oder Pensionirung gegen Entgelt aufzugeben zusichert, als untersagt und ungiltig zu behandeln sei.

e) Ingleichem erklärt das Hofkzld. vom 29. November 1808 (pol. G. S., Bd. 31, S. 113) und das Hofd. vom 8. August 1817 (Goutta'sche G. S., Bd. 14, S. 11) jeden Kauf, Tausch, Schenkung u. dgl., wodurch eine Civilperson von einer Militärpartei außer dem Wege der öffentlichen Versteigerung Hafer, Korn, Weizen, Heu, Stroh, Mehl, Kleie, Knoppern, Holz, Licht- und Zündmaterialien, Säcke, Fässer und dergleichen ärarische

---

*) Vgl. die const. 30 Cod. de pact. (2, 3), welche die Giltigkeit eines solchen Vertrages von der Zustimmung des Erblassers abhängig macht.

Fassungsartikel oder Quittungen und Anweisungen hierauf an sich bringt, als ungiltig, so daß Derjenige, der ein solches Gut durch Kauf, Tausch, Schenkung oder sonst wie immer von einer Militärpartei an sich gebracht hat, zur Zurückstellung desselben, wenn es noch bei ihm angetroffen wird, falls er es aber schon verzehrt oder wieder weiter hintangegeben hätte, zum Ersatze seines wahren Werthes zu verhalten ist.

f) Aus ähnlichen Gründen untersagt das Hofkzld. vom 4. August 1803 Jedermann, von unbekannten Personen gedruckte oder beschriebene Papiere anzukaufen, welche Vorschrift bezüglich des Ankaufes ärarischer Dienstschriften von Soldaten durch das nied. österr. Reggsd. vom 28. Juli 1830 neuerdings eingeschärft wurde.

g) Verboten sind ferner durch die Hofkrgsr. Circ. Vdg. v. 31. Aug. 1803, A. 4549, jede von feldkriegscommissariatischen, Militärverpflegs- und Hofkriegsbuchhaltungs-Beamten übernommene Ablösung verpflegsämtlicher Schuldscheine, Liquidationen und Naturalrecepisse; dann

h) nach der Hofkrgsr. Circ. Verordnung vom 24. September 1798, F. 2002, alle Contracte, wodurch ein Verpflegsbeamter oder Verpflegsamts-Bäckermeister in Transportirung von Naturalien entweder selbst oder durch einen Dritten sich einläßt, und

i) zufolge der Instr. f. die Militär-Verpflegsbeamten vom J. 1782, §. 50, der Instr. über die Subarrendirung der Milit. Verpflegung vom 1. September 1810, §. 11, und der Hofkrgsr. Circ. Vdg. vom 26. Oct. 1820, A. 5273, jede von den Militär-Verpflegsbeamten oder Subarrendatoren übernommene Ablösung der für Militärpersonen bemessenen Natural-Portionen.

k) Endlich hat die Allerh. Entschl. vom 4. April 1804 allen wirklich dienenden Marine-, Artillerie- und Infanterie-Officieren und Cadetten bei Strafe der Cassation auf das nachdrücklichste untersagt, sich in ein Seecommerz, oder sonstige Handlungsspeculation einzulassen, Schiffe entweder allein oder in Gesellschaft auszurüsten oder Actien auf selbe zu nehmen.

Die Beschränkungen, welchen die Militärpersonen in Ansehung der Aufnahme von Darlehen unterworfen sind, werden beim §. 983 näher erörtert werden.

§. 880.

Wird der Gegenstand, worüber ein Vertrag geschlossen worden, vor dessen Uebergabe dem Verkehr entzogen, so ist es eben so viel, als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte.

1) Wird der Gegenstand des Vertrages erst nach der Abschließung desselben dem Verkehre entzogen, z. B. die Ausfuhr des Getreides, welches an einen ausländischen Käufer abgeliefert werden sollte, verboten, so ist es nach der Verfügung des vorstehenden Paragraphen eben so viel, als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte, weil die richterliche Hilfe zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung (der verbotenen Ausfuhr) nicht gewährt

werden darf*); es hat also kein Theil das Recht, auf Erfüllung des Vertrages zu dringen, da auch die Gegenleistung nur unter der Voraussetzung der Leistung selbst zugesichert wurde. Wäre diese Gegenleistung schon erfolgt, z. B. der Preis für das abzuliefernde Getreide schon bezahlt worden, so könnte das Gegebene zurückgefordert werden und der Empfänger würde nach der Analogie des §. 1447 zu behandeln sein.

2) Diese Bestimmungen scheinen, da das Gesetz nicht unterscheidet, auch dann zu gelten, wenn der Gegenstand der Leistung nicht dem Verkehre überhaupt, sondern nur in Beziehung auf den Promissar entzogen wurde, wie z. B. durch die Wiedereinführung der Beschränkungen, welche den Israeliten rücksichtlich der Erwerbung unbeweglicher Güter (vergl. Bd. 1, S. 706 d. W.) entgegen standen, geschehen ist**).

3) Würde die Sache, um die es sich handelt, vor der zur Erfüllung des Vertrages bestimmten Zeit dem Verkehre wieder zurückgegeben (z. B. die Getreideausfuhr wieder erlaubt), so dürfte unseres Erachtens der einmal ungiltig gewordene Vertrag dennoch nicht wieder aufleben***), zumal dieß auch zu den größten Unbilligkeiten führen würde, weil der Promittent, der die Wiederaufhebung des Verbotes nicht voraussehen konnte, nicht in der Lage war, Vorbereitungen für die Erfüllung zu treffen †).

4) Was den Schaden anbelangt, der durch das Ungiltigwerden des Vertrages herbeigeführt wird (z. B. für den einen Theil durch den Ankauf des Getreides, das er nun nicht liefern kann, für den andern aber durch die Miethe eines Schiffes zu dessen Verfrachtung), so kömmt derselbe nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Fällt also keinem Theile ein Verschulden zur Last, so hat jeder Compaciscent den Zufall, der sich in seiner Person oder in seinem Vermögen ereignet (nach §. 1311), zu tragen. Wäre aber Einer oder der Andere im Verschulden, wie wenn z. B. dem Verkäufer ein Versäumniß in der Ablieferung zur Last fiele, so hat er dem Gegentheile dafür zu haften (§§. 1295, 1331 u. 1332).

§. 881.

Außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann zwar niemand für einen Anderen ein Versprechen machen, oder an-

*) Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in aliquam earum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, exstinguitur stipulatio. §. 2. Inst. de inut. stip. (3, 20). — Vgl. auch fr. 53. §. 5. Dig. de verb. obl. (45. 1).

**) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 76. — Anderer Meinung ist Winiwarter (bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 38), welcher sich auf die Analogie der §§. 1107 u. 1155 beruft. Allein die Voraussetzungen dieser beiden Paragraphen scheinen mir doch wesentlich verschieden von jener des § 880.

***) . . . cum quis rem profanam, aut Stichum dare promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi sit, quod aut dari non possit, aut dari possit. fr. 53. §. 5. Dig. de. verb. obl. (45, 1).

†) Anderer Meinung, ohne Angabe von Gründen ist Ellinger in seinem Handb. S. 338.

nehmen. Hat aber jemand seine Verwendung bei einem Dritten versprochen, oder gar für den Erfolg gestanden; so muß er die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen.

1) Eine natürliche Folge der persönlichen Freiheit eines jeden Menschen ist es, daß er sich in der Regel nur selbst verpflichten kann, daß daher Niemand für ihn giltig ein Versprechen zu machen im Stande ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze wird nur durch das Verhältniß der Stellvertretung herbeigeführt, welche entweder durch einen Vertrag (den Bevollmächtigungsvertrag, — vergl. §§. 1002 u. 1017) oder durch das Gesetz (vergl. §§. 91 u. 1238, 152, 244 u. 282) begründet wird. Ingleichen bringt es die Personen-Einheit, welche nach §. 547 zwischen dem Erben und dem Erblasser obwaltet, mit sich, daß Ersterer die Verbindlichkeiten, die Letzterer aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernehmen muß (§. 548 und Bd. 2, S. 274 d. W.)*).

2) Durch ein solches Versprechen wird aber auch Der, welcher die fremde Handlung versprochen hat, nicht selbst verpflichtet, weil er eben eine eigene Leistung auf sich zu nehmen weder Willens war, noch erklärte**). Hätte er dagegen seine Verwendung bei einem Dritten versprochen, so könnte er allerdings hierzu verhalten werden und würde im Falle der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zur Leistung des Schadensersatzes verpflichtet sein (§. 1295). Anderseits leistet er aber auch eben durch diese Verwendung seinem Versprechen Genüge, und könnte somit, wenn selbe auch erfolglos geblieben wäre, die etwa bedungene Gegenleistung in Anspruch nehmen.

Ist Derjenige, welcher einen Dritten zu einer Handlung zu bewegen versprach, für den Erfolg seiner Verwendung eingestanden, so geht seine Haftung noch weiter. Er muß nämlich in diesem Falle den Schaden ersetzen, der durch das Unterbleiben der gedachten Handlung herbeigeführt wird***). Wurde für den Fall des Nichterfolges eine Strafe

---

*) Die weiteren Ausnahmsfälle, welche Zeiller in seinem Commentar Bd. 3, S. 52 und nach ihm Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 80) anführen, nämlich die Fälle der §§. 443, 1396 und 367 scheinen durchaus nicht hierher zu gehören, und in keiner Weise als eine Ausnahme von dem oben angeführten Grundsatze betrachtet werden zu können.

**) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2, §. 59. — Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. §. 3. Inst. de inut. stip. (3, 20). — Nemo . . . alienum factum promittendo obligatur. fr. 38. pr. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur; itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur; nam de se quemque promittere oportet. fr. 83. pr. ibd.

***) Quodsi — fährt die o. a. Stelle §. 3. Inst. (3, 20) fort — effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur. — Quoties quis alium sisti promittit, nec adjicit poenam, puta vel servum suum, vel hominem liberum, quaeritur, an committatur stipulatio? Et Celsus ait, et si non est huic stipulationi additum, nisi stiterit, poenam dari, id, quanti interest sisti, contineri. Et verum est, quod Celsus ait; nam qui alium sisti promittit, hoc pro-

(Conventionalstrafe) bedungen, so kann diese unter Beobachtung der im §. 1336 enthaltenen Bestimmungen allerdings in Anspruch genommen werden *).

3) So wenig Jemand für einen Andern ein Versprechen machen kann, eben so wenig kann er auch für einen Andern ein Versprechen annehmen. Weder der Handelnde selbst, noch der Dritte, dem der Vortheil zugedacht wurde, erlangt aus einem solchen Uebereinkommen ein Klagerecht; nicht der Erstere, weil er für sich kein Recht erwerben wollte; nicht der Letztere, weil er eben nicht angenommen hat **). Eine (eigentlich nur scheinbare) Ausnahme tritt dann ein, wenn der annehmende Theil als Stellvertreter des Dritten erscheint (siehe oben Z. 1 und insbesondere §. 1017 des a. b. G. B.), oder wenn dieser hinterher den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag genehmiget (Analogie aus §. 1016), wobei jedoch nicht außer Acht gelassen werden darf, daß in dem Falle, als der Vertrag vor dieser Genehmigung von Denen, welche ihn geschlossen haben, wieder aufgehoben wurde, kein weiteres Recht für den Dritten daraus entspringen kann ***). Ein anderer Fall tritt ein, wenn der Handelnde selbst ein Interesse bei der Leistung an den Dritten hat †); denn man kann dann nicht sagen, daß er das

---

mittit, id se acturum, ut stet. fr. 81. pr. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Vgl. auch fr. 83 pr. ibd. dann fr. 14. §. 2. Dig. de pec. const. (13, 5) u. fr. 19. Dig. rat. rem. hab. (46, 8).

*) At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea res sit, potest promittere. fr. 38. §. 2. Dig. de verb. obl. (45, 1).

**) Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur, inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unus quisque sibi adquirat quo sua interest; caeterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim, hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cui nihil interest. Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid interest, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis. fr. 38. §. 17. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Vgl. auch §. 19. Inst. de inut. stip. (3, 20), dann fr. 11. Dig. de obl. et act. (44, 7) u. a. m. (Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 75 u. ff.)

***) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2, S. 82. Vgl. auch den Aufsatz von Turnes: Kann Jemand als negotiorum gestor für den Promissar durch Acceptation des vom Promittenten gemachten Versprechens Rechte erwerben? (Jurist. Bd. 16, S. 426). Der Verfasser verneint diese Frage, und wie uns scheint mit vollem Rechte; denn die §§. 1035—1040, welche die Rechtswirkungen der Handlungen eines negotiorum gestor normiren, bestimmen nur die Rechte und Verbindlichkeiten des Geschäftsführers demjenigen gegenüber, für welchen er Handlungen ohne Auftrag unternommen hat, aber sie entscheiden die Frage nicht, in wiefern diese Handlungen demjenigen, für welchen sie unternommen worden sind, Rechte zu erwerben geeignet seien, eine Frage, die eben nach §. 881 und nach der Analogie des §. 1017 verneint werden muß. Ebenso richtig bemerkt der Verfasser, daß ein Promittent, der ein Versprechen nicht dem Promissar selbst oder dessen Machthaber, sondern nur einem Dritten gemacht hat, dasselbe auch vor Ablauf der im §. 862 gemachten Frist zurücknehmen könne, weil dieser Paragraph offenbar voraussetzt, daß das Versprechen dem Promissar selbst oder dem Machthaber desselben gemacht worden sei.

†) Si stipuler alii, quum mea interest, videamus, an stipulatio committatur? Et ait Marcellus: stipulationem valere in specie hujusmodi: is,

Versprechen (bloß) für einen Dritten angenommen habe; die Annahme geschah vielmehr (auch) zu seinen eigenen Gunsten, und er erwirbt daher aus einem solchen Vertrage allerdings ein Klagerecht*).

§. 882.

Sind unmögliche und mögliche Dinge zugleich versprochen worden, so müssen die möglichen erfüllt werden, wenn anders die Vertrag schließenden Theile nicht die ausdrückliche Bedingung gemacht haben, daß kein Punct des Vertrages von dem anderen abgesondert werden könne.

1) Daß es kein Recht auf eine unmögliche Leistung geben könne ist schon oben (S. 37) erörtert worden; doch ist deßhalb im Allgemeinen kein Grund vorhanden, wenn unmögliche und mögliche Dinge zugleich versprochen werden, den Promittenten auch von der Leistung dessen, was möglich ist, zu entbinden. Eine Ausnahme würde nur dann eintreten, wenn die im Schlußsatze des vorstehenden Paragraphen angedeutete Bedingung unter den Parteien verabredet worden wäre. Auch kann, wenn die Leistung der Hauptsache unmöglich ist, von einer Forderung der Nebenverbindlichkeiten (§. 912), obgleich deren Leistung

---

qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo, et stipulatus est, rem pupilli salvam fore, ait Marcellus: posse defendi, stipulationem valere; interesse enim stipulatoris, fieri quod stipulatus est; quum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit. fr. 38. §. 20. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Vgl auch §§. 21—23 ibd., dann fr. 39 ibd. u. fr. 27. §. 1. Dig. de pact. (2, 14).

*) Vgl. Nippel Erläut. Bd. 6, S. 80. — Im römischen Rechte kommen noch drei weitere Ausnahmfälle vor, und zwar kann nach §. 19 Inst. de inut stip. (3, 20) und nach fr. §. 17. Dig. de verb. obl. (45, 1) die Leistung an einen Dritten in der Art bedungen werden, daß im Falle der Nichterfüllung eine Strafe an den Acceptanten entrichtet werden muß; es kann ferner nach der const. un. Cod. ut actiones (4, 11) Jemand seinem künftigen Erben eine Leistung versprechen lassen, so daß dieser daraus ein Klagerecht erlangt, und es kann endlich nach fr. 45. Dig. sol. matr. (24, 3) und const. 7 Cod. de pact. con. (5, 14) der Besteller einer Brautgabe an bestimmte dritte Personen ein Klagerecht auf Rückzahlung derselben ausbedingen. Alle diese Ausnahmsfälle scheinen aber nach österreichischem Rechte nicht zu gelten; denn was den ersten Fall anbelangt, so setzt die Conventionalstrafe nach §. 1336 offenbar ein eigenes Interesse der Contrahenten an der Nichterfüllung des Vertrages voraus, wovon hier gerade das Gegentheil Statt findet (vgl. Nippel, a. a. O. S. 81); ebensowenig kann der Vertrag, wodurch der Erblasser seinem Erben etwas versprechen läßt, als giltig angesehen werden, da die juristische Personeneinheit zwischen dem Erblasser und dem Erben erst nach dem Tode des Ersteren eintritt, und da auf den Erben nur dasjenige übergehen kann, was sich zur Zeit des Todes des Erblassers schon in dem Vermögen des Letzteren befand. (Nippel, a. a. O. S. 82). Auch für den dritten Fall ergibt sich in unserem Rechte kein Anhaltspunkt, zumal der §. 1229 ausdrücklich nur hervorhebt, daß der freiwillige Besteller des Heirathsgutes sich ausbedingen könne, daß es nach dem Tode des Mannes auf ihn zurückfalle, nicht aber, daß es an einen Dritten, der nicht dazu eingewilliget hat, gelange.

möglich wäre, keine Rede sein *). Wären unmögliche und mögliche Dinge alternative versprochen worden, so käme die Vorschrift des §. 907 zur Anwendung.

2) Ist der Vertrag ein entgeltlicher und wird die Leistung dadurch vermindert, daß ein Theil derselben sich als unmöglich darstellt, so könnte wohl auch (nach der Analogie des §. 932) eine Verminderung der zugesicherten Gegenleistung in Anspruch genommen werden, wofern nur die (theilweise) Unmöglichkeit dem Paciscenten nicht schon zur Zeit der Abschließung des Vertrages bekannt war, weil in diesem Falle angenommen werden muß, daß er bei dem Versprechen der Gegenleistung nur auf dasjenige, was zu erfüllen möglich war, Rücksicht genommen habe **).

§. 883.

Form d. Verträge.

Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich, vor Gericht oder außerhalb desselben, mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied.

1) Das Wesen eines Vertrages besteht, wie schon mehrmals erwähnt wurde, in der Willenseinigung der Parteien und in der Erklärung des beiderseitigen Willens. Für die letztere kann eine bestimmte Form vorgeschrieben, es kann die Anordnung getroffen werden, daß die Willenserklärung in gewisse Worte eingekleidet, daß sie schriftlich ausgefertigt, daß sie vor Gericht oder vor einem Notare, oder vor Zeugen abgegeben werden müsse u. dgl. m. Im Allgemeinen scheint es nicht räthlich, die Abschließung der Verträge an solche bestimmte Formen zu binden. Es können zwar einerseits — namentlich durch die Verpflichtung zur gerichtlichen Abschließung oder zur schriftlichen Abfassung der Verträge — mancherlei Streitigkeiten verhütet werden; es läßt sich aber auch anderseits nicht verkennen, daß, je lebendiger in einem Lande der Verkehr ist, desto weniger der Eingehung von Rechtsgeschäften Hindernisse in den Weg gelegt werden dürfen ***), und daß es nicht rathsam erscheint, der alten Sitte: „Ein Mann, ein Wort; ein Wort, ein Mann" untreu zu werden †).

2) Unser a. b. G. B. hat daher nur ausnahmsweise besondere Formen festgesetzt, durch welche entweder die Giltigkeit des Vertrages bedingt wird, oder von denen eine gewisse Wirksamkeit desselben (z. B. die Klagbarkeit oder die Executionsfähigkeit) abhängig ist.

---

*) Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent. fr. 129. §. 1. Dig. de reg. jur. (50, 17).

**) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 84.

***) Nippel, Mater. S. 96. Ueber die Form der Verträge.

†) Zeiller, Commentar. Bd. 3, S. 58.

a) So bestimmt der §. 434, daß in allen, städtische oder landtäfliche Güter betreffenden Fällen, oder wenn bei Bauerngütern der Uebergeber nicht persönlich erscheint, über das Erwerbsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt und von zwei glaubwürdigen Männern als Zeugen gefertiget werden müsse. — Ingleichen heißt es im §. 42 des Grundgesetzes für die croatisch-slavonische und banatisch-serbische Militärgrenze vom 7. Mai 1850 (Nr. 243 des R. G. Bl.), daß über jede Theilung einer Communion ein Vertrag von der Gemeinde schriftlich zu verfassen, von allen stimmberechtigten Gliedern zu fertigen, von der Compagnie zu prüfen, zu bestätigen und in den Grundbüchern einzutragen sei. — Weiters erklärt der §. 1178, daß Gesellschaftsverträge, welche sich nur auf das gegenwärtige, oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, ungiltig sind, wenn das von dem einen oder dem andern Theile eingebrachte Gut nicht ordentlich beschrieben und verzeichnet worden ist. — Ebenso ist zur Giltigkeit eines Erbvertrages nach §. 1249 nothwendig, daß er schriftlich, mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde. — Endlich muß auch der Vertrag, wodurch Parteien zur Entscheidung streitiger Rechte einen Schiedsrichter bestellen (§. 1391), schriftlich errichtet werden*).

Nicht zur Giltigkeit, wohl aber zur Klagbarkeit einer Schenkung, wenn nicht zugleich die wirkliche Uebergabe der geschenkten Sache erfolgt ist, fordert der §. 943 des b. G. B. die Errichtung einer schriftlichen Urkunde, und in Uebereinstimmung hiermit verfügt der §. 956, daß eine Schenkung auf den Todesfall nur dann als eine Schenkung anzusehen sei, wenn eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändiget worden ist.

b) Die Beiziehung von Zeugen ist bei der Abschließung des Ehevertrages durch die §§. 75, 77, 88 und 127, und für intabulationsfähige Urkunden im §. 434 vorgeschrieben. Ueberhaupt müssen bei der Errichtung einer schriftlichen Urkunde, wenn der Aussteller des Schreibens unkundig, oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig ist, zwei Zeugen beigezogen werden, deren Einer den Namen des Ausstellers unterfertigt, während Letzterer bloß sein gewöhnliches Handzeichen beirückt. (§. 886). **)

c) Die Abschließung vor Gericht ist nur in der ungar. und siebenb. G. O. (§. 377) für den Schiedsrichtervertrag angeordnet, wenn derselbe nicht außergerichtlich durch eine schriftliche Urkunde begründet werden will. Außerdem gewährt ein gerichtlicher Vertrag nur

---

*) Vgl. §. 270 der allg., §. 359 der galiz., §. 349 der ital. und §. 377 der ung. und siebenb. G. O. — Nach den Bestimmungen dieser letzteren kann das Compromiß auch vor Gericht geschlossen werden.

**) Vgl. auch §. 116 der allg., §. 185 der gal., §. 175 der ital. und §. 118 der ung und siebenb. G. O. — Bei Schuldscheinen insbesondere ist, wenn sie vom Aussteller nicht eigenhändig geschrieben und gefertiget sind, die Mitfertigung von zwei Zeugen nebst der Unterschrift des Ausstellers nothwendig nach §. 114 der allg., §. 182 der galiz., §. 172 der ital. und §. 119 der ung. und siebenb. G. O.

den Vortheil, daß darauf die Execution ertheilt werden kann (§. 298 der a., §. 396 der gal. und §. 385 der ital. G. O.), doch sind hierunter nach dem Hfd. vom 2. März 1805, Nr. 715 der J. G. S., dem Hfd. vom 22. Juni 1805, Nr. 735 eb. und dem Hfd. vom 15. Jänner 1821 nur Vergleiche zu verstehen, welche über gerichtlich verhandelte Streitgegenstände (über Forderungen, worüber eine Klage wirklich angebracht worden) geschlossen werden. Nach §. 438 der ungar. und siebenb. G. O. kann die Execution auf Vergleiche ertheilt werden, die über vorausgegangene Klage vor Gericht, oder welche, auch ohne vorausgegangene Klage vor solchen Staats- oder Gemeindebehörden geschlossen werden, welche zur Vornahme von Vergleichsverhandlungen berechtiget sind; auf diejenigen vor solchen Behörden geschlossenen Verträge, wodurch eine ganz oder zum Theile bereits verfallene Forderung in ihrem vollen Betrage für richtig anerkannt, und die Frist zur Bezahlung der Schuld oder Erfüllung der Verbindlichkeit festgesetzt wird.

d) Gründet sich eine Forderung auf einen Notariatsact, so ist derselben in denjenigen Kronländern, in denen das Notariatsinstitut besteht, durch die k. Vdg. vom 21. Mai 1855, Nr. 95 des R. G. Bl. eine beschleunigte Einbringung zugesichert.

§. 884.

Haben sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet; so wird er vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen. Die Siegelung wird auch in diesem Falle nicht wesentlich erfordert.

1) Die Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde, wenn sie auch nach dem Gesetze zur Giltigkeit eines Vertrages gerade nicht nothwendig ist, gewährt doch mancherlei Vortheile, indem sie den Beweis des abgeschlossenen Uebereinkommens erleichtert, und nach Umständen die Möglichkeit der Erwirkung einer Intabulation oder Pränotation (§. 434), oder das Begehren um Execution zur Sicherstellung während des Verfahrens *) begründet. Die Parteien können daher allerdings übereinkommen, daß der von ihnen abzuschließende Vertrag schriftlich errichtet werden solle. In diesem Falle ist zum Bestande nicht nur die Abfassung einer schriftlichen Urkunde, sondern auch die Unterschrift (oder nach §. 886 die Unterfertigung) der Parteien erforderlich, weil nur diese ein Zeichen der Vollendung und der wirklichen, wechselseitigen Einwilligung der Parteien ist**). Die Siegelung wird aber auch hier nicht erfordert, weil dadurch die Errichtung schriftlicher Urkunden nur ohne Noth erschwert würde.

---

*) S. §. 298 der a., §. 397 der gal., §. 386 der ital. und §. 390 der ung. und siebenb. G. O.

**) Vgl. auch §. 114 der a., §. 182 der gal., §. 172 der ital. und §. 117 der ung. und siebenb. G. O., welche die Unterschrift (Unterfertigung) zur Beweiskraft einer Privaturkunde fordern.

2) Verschieden von dem hier vorausgesetzten Falle ist es, wenn die Parteien bereits mündlich einen Vertrag abgeschlossen haben, und nun dahin übereinkommen, daß erst nachträglich, über den bereits geschlossenen Vertrag eine schriftliche Urkunde ausgefertiget werden solle, um z. B. dem Gläubiger eine größere Sicherheit zu gewähren. Hier gehört die Ausfertigung der Urkunde nicht zur Wesenheit des Vertrages; dieser besteht, wenn sie auch nicht erfolgt, und es bleibt der Partei nur vorbehalten, auch in dieser Beziehung auf die Erfüllung des ihr gemachten Versprechens zu dringen *).

3) Ist es zweifelhaft, ob die Parteien, welche die schriftliche Errichtung eines Vertrages verabredeten, die Schrift als wesentliche Bedingung der Giltigkeit, oder nur des besseren Beweises wegen gefordert haben, so scheint die Vermuthung für das Erstere zu streiten; denn derjenige, welcher sich auf die Giltigkeit des mündlich abgeschlossenen Vertrages beruft, also behauptet, daß die Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde um des besseren Beweises wegen verabredet worden sei, muß schon nach allgemeinen processualischen Grundsätzen, bei eintretendem Widerspruche des Gegners, den rechtlichen Grund seiner Klage beweisen **).

§. 885.

Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpuncte errichtet, und von den Parteien unterfertiget worden; so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind. Punctation.

1) Es ist schon oben (S. 3) bemerkt worden, daß die den Abschluß eines Vertrages vorbereitenden Unterhandlungen (Tractate) an sich unverbindlich sind (§. 861). Etwas anderes ist es, wenn die Verabredung getroffen wurde, künftig einen Vertrag zu schließen (pactum praeparatorium, pactum de contrahendo), wovon beim §. 936 die Rede sein wird. Noch um einen Schritt weiter geht der, in dem vorstehenden Paragraphen behandelte Fall. Hier wird vorausgesetzt, daß ein Vertrag in den wesentlichen Puncten seines Inhalts (in den Hauptpuncten) bereits zu Stande gekommen sei, daß aber noch die schriftliche Ausfertigung, sei es nach der Anordnung des Gesetzes, sei es nach dem Uebereinkommen der Parteien, hinzutreten soll. Bevor dieß nun geschehen ist, können die Parteien allerdings einstweilen

*) Der §. 148 der ung. und siebenb. G. O. geht noch weiter, und bestimmt, daß Derjenige, welcher über ein ihm zustehendes, wenn auch nur bedingtes Recht, oder über eine von ihm erfüllte Verbindlichkeit keinen schriftlichen Beweis besitzt, berechtiget sei, zu verlangen, daß ihm eine Urkunde darüber ausgestellt werde.

**) In diesem Sinne wurde auch der von Dr. Szentz in Nr. 39 der Zeitschr. f. Gesetzkunde und Rechtspflege zunächst in Ungarn u. s. w. Jahrg. 1856 mitgetheilte Rechtsfall von dem obersten Gerichtshofe (mit Erkenntniß vom 3. Jänner 1856, Z. 12586) entschieden.

einen Aufsatz über die Hauptpuncte errichten, über welche sie bereits einig geworden sind, welcher dann mit dem Namen der Punctation belegt wird.

2) Ein solcher Aufsatz muß, um eine Verbindlichkeit zu begründen, von den Parteien unterfertiget werden, weil nur hierin ein Zeichen der wirklichen Einwilligung gelegen ist, und die Unterfertigung des Ausstellers überhaupt, wie bereits oben bemerkt wurde, zur Beweiskraft einer jeden Privaturkunde in der Regel als nothwendig erscheint.

3) Ist die Punctation mit diesen Erfordernissen versehen, so begründet sie diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind *). In Ansehung der noch unbestimmt gelassenen Puncte steht jedem Theile das Recht zu, auf die Feststellung derselben und sohin auf die Ausfertigung einer förmlichen Vertragsurkunde zu dringen.

§. 886.

Wer des Schreibens unkundig, oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig ist, muß zwei Zeugen, deren einer dessen Namen unterfertiget, beiziehen, und sein gewöhnliches Handzeichen beirücken.

1) Da ein bloßes Handzeichen weit leichter, als eine Namensunterschrift nachgemacht werden kann, so ist in dem Falle, als der Aussteller einer Urkunde sie zu unterschreiben unfähig ist (sei es aus Unkunde, sei es aus Gebrechlichkeit) die Beiziehung zweier Zeugen erforderlich, wie auch schon der §. 116 der a., der §. 185 der gal., der §. 175 der ital. und der §. 118 der ungar. und siebenb. G. O. vorschreibt. Einer von diesen Zeugen hat sohin auch den Namen desjenigen beizusetzen, dessen Handzeichen eben durch sie bestätiget werden soll, was zur Vermeidung von Irrungen insbesondere dann nothwendig ist, wenn der Name der Partei nicht schon im Contexte der Urkunde vorkömmt. Zur Unterfertigung der Urkunden sollen übrigens nach dem Hfd. vom 23. Juli 1789, lit. a. Nr. 1038 der J. G. S. nur solche Zeugen beigezogen werden, welche die G. O. als unbedenklich darstellt.

2) Es ist nicht nothwendig, daß die Zeugen den Inhalt der von ihnen unterschriebenen Urkunde wissen; wohl aber soll (nach §. 117 der a., §. 186 der gal., §. 176 der ital. und §. 121 der ungar. und siebenb. G. O.) Niemand bei Verantwortung und Strafe eine Urkunde als Zeuge unterschreiben, dem nicht durch den Aussteller bekannt geworden ist, daß die ausgestellte Urkunde seinem Willen gemäß sei **).

---

*) Nach der const. 17. Cod. de fide instr. (4, 21) wird ein Vertrag nicht eher perfect, noch entsteht irgend eine Verbindlichkeit daraus, bis die von den Parteien verabredete Form hinzugekommen ist. Vgl. Puchta, a. a. O. §. 251.

**) Der §. 121 der ung. und siebenb. G. O. bestimmt, daß die zur Beweiskraft einer Urkunde erforderlichen Zeugen entweder bei Unterzeichnung der Urkunde durch den Aussteller gegenwärtig sein, oder von ihm unmittelbar die Versicherung erhalten müssen, daß er die Urkunde eigenhändig unterzeichnet habe; widrigenfalls dient ihre Unterschrift zu keinem Beweise.

3) Namensfertigungen in jüdischer oder hebräischer Schrift sind nach dem Hfd. vom 19. Februar 1846, Nr. 938 der J. G. S., Nr. 53 des Anh. zum b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 50 des Anh. zum b. G. B. für Siebenbürgen nur als Handzeichen anzusehen, mithin auf solche Art unterfertigte Schriften nach den für Urkunden, die mit einem Handzeichen des Ausstellers versehen sind, geltenden Vorschriften zu beurtheilen.

4) Kann der vertragschließende Theil auch nicht lesen (sei es aus Unkunde oder wegen eines körperlichen Gebrechens, z. B. Blindheit), so dürfte die Analogie des §. 581 anzuwenden sein, vermöge welcher der Aussteller den Aufsatz von einem Zeugen in Gegenwart des andern, der den Inhalt eingesehen hat, sich vorlesen lassen und bekräftigen muß, daß derselbe seinem Willen gemäß sei, weil nur hierdurch die Gefahr einer Unterschiebung beseitiget wird *). In diesem Sinne verfügt daher auch der §. 121 der ungar. und siebenb. G. O., daß der Inhalt der Urkunde den Zeugen (nur) dann bekannt gemacht werden müsse, wenn der Aussteller dieselbe nicht lesen kann.

§. 887.

Wenn über einen Vertrag eine Urkunde errichtet worden; so ist auf vorgeschützte mündliche Verabredungen, welche zugleich geschehen sein sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen, oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen.

1) Wird über einen Vertrag eine schriftliche Urkunde errichtet, sei es bloß zum besseren Beweise desselben, oder weil zu Folge der Vorschrift des Gesetzes, oder nach dem Uebereinkommen der Parteien (§. 884), die schriftliche Ausfertigung zur Giltigkeit des Vertrages nothwendig war, so ist anzunehmen, daß alle Puncte, über welche die Parteien einig geworden, in diese Urkunde auch wirklich aufgenommen worden seien. Deßhalb bestimmt das Gesetz, daß auf mündliche Verabredungen, welche zugleich geschehen sein sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen, oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen sei; denn der Umstand, daß sie in die Vertragsurkunde nicht eingeschaltet wurden, läßt vermuthen, daß die Parteien darüber nicht einig geworden, oder wieder davon abgegangen seien. Ja es scheint, daß die Partei gar nicht zum Beweise solcher Nebenbestimmungen zugelassen werden dürfe, denn der Ausdruck „vorgeschützt" kann, wie schon Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 45) bemerkt hat, nicht etwa in dem Sinne genommen werden, als ob dadurch nur unerwiesene Verabredungen angedeutet würden, weil eine solche Bestimmung gänzlich überflüssig wäre, da es sich nach allgemeinen processualischen Grundsätzen ohnehin von selbst versteht, daß eine Behauptung, für welche kein Beweis geliefert wurde, ohne alle Rechtswirkung sei.

*) Anderer Meinung ist Ellinger in seinem Handb. S. 340, und in dem Aufsatze: Einige Worte über die von Blinden ausgestellten schriftlichen Urkunden (Jurist. Bd. 5, S. 356).

2) Etwas anderes ist es, wenn die mündlich getroffenen Verabredungen nur zur Erläuterung des wahren Sinnes der Vertragsurkunde dienen sollen, für welchen Fall die in den §§. 914 und 915 enthaltenen Auslegungsregeln zur Anwendung zu kommen haben.

3) Ingleichen kann der vorstehende Paragraph nicht angewendet werden, wenn die in der schriftlichen Urkunde enthaltenen Verabredungen bloß zum Scheine getroffen wurden, wie wenn z. B. ein geringerer Kaufschilling darin festgesetzt wurde, um an den zu entrichtenden Gebühren zu ersparen. Ein solcher Fall ist vielmehr nach der Vorschrift des §. 916 zu beurtheilen.

4) Dagegen kann es den Parteien nicht verwehrt werden, nach bereits abgeschlossenem Vertrage durch gegenseitiges Uebereinkommen Modificationen in den dadurch begründeten Rechten und Verbindlichkeiten herbeizuführen, z. B. andere Zahlungsfristen zu bedingen, als welche ursprünglich verabredet und in die betreffende Urkunde aufgenommen worden waren. Dabei ist aber in jedem einzelnen Falle wohl zu erwägen, ob eine solche Verabredung wirklich als eine der Urkunde nachfolgende, und daher dieselbe aufhebende oder abändernde zu betrachten sei, da Aeußerungen, die während der Anfertigung derselben, oder der Beisetzung der Unterschriften gemacht werden, sich der Natur der Sache nach auf die Unterhandlung des Geschäftes beziehen, welches so lange nicht ein schriftlich abgefaßtes genannt werden kann, als die Anfertigung der Urkunde und die Beisetzung der Unterschriften noch im Zuge ist*).

5) Mündliche Verabredungen, welche vor Ausfertigung der Urkunde abweichend von dem Inhalte der letzteren stattgefunden haben, können durchaus nicht (wie Ellinger in seinem Handb. S. 340 behauptet) berücksichtiget werden, da offenbar anzunehmen ist, daß sie durch den nachgefolgten schriftlichen Vertrag wieder aufgehoben worden sind**). Wäre übrigens Einer der Paciscenten durch derlei Vorspiegelungen irregeführt worden, so kämen die in den §§. 871 und ff. enthaltenen Grundsätze zur Anwendung.

§. 888.

Gemeinschaftliche Verbindlichkeit oder Berechtigung.

Wenn zwei oder mehrere Personen jemanden eben dasselbe Recht zu einer Sache versprechen, oder es von ihm annehmen; so wird sowohl die Forderung als die Schuld nach den Grundsätzen der Gemeinschaft des Eigenthumes getheilt.

1) Zum Wesen eines Vertrages (und überhaupt eines persönlichen Sachenrechtes) gehören zwei einander gegenüber stehende Personen, ein Gläubiger und ein Schuldner (s. oben S. 1); es können aber auch auf der einen oder auf der andern Seite, oder auf beiden Seiten mehrere

---

*) Vgl. den in Nr. 86 der allg. öst. Ger. Ztg. Jahrg. 1854 mitgetheilten Rechtsfall und die dort angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 31. Jänner 1854, Z. 843.

**) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 92.

Personen vorhanden sein, woraus dann eigenthümliche Verhältnisse entspringen. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn Jemand mehrere Gläubiger oder Schuldner hat, die aber mit ihm in ganz getrennten Obligationsverhältnissen stehen. Zwischen diesen kann etwa nur durch den Concurs ein Zusammenhang herbeigeführt werden, der aber hier durchaus nicht in Betrachtung kömmt. Hieran wird dadurch nichts geändert, daß eine gleiche oder die nämliche Sache von mehreren Personen (ohne gegenseitiges Einverständniß) zugesichert, oder mehreren Personen versprochen wurde. Im letzteren Falle kömmt insbesondere auf die Bestimmung des §. 430 (Bd. 1, S. 816 d. W.) zu verweisen.

2) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn gleich bei der Eingehung des Vertrages (bei der Entstehung der Verbindlichkeit) mehrere Gläubiger Einem Schuldner oder mehrere Schuldner Einem Gläubiger gegenüber treten. Hier findet im Allgemeinen eine Theilung der Forderung oder Schuld ipso jure statt; die eine oder die andere wird den mehreren Gläubigern oder Schuldnern gemeinschaftlich, und zwar, wenn nichts Anderes bestimmt ist (nach §. 839) zu gleichen Theilen. Von dieser Regel kann aber allerdings eine Ausnahme eintreten, vermöge welcher jeder Gläubiger den Gegenstand der Verbindlichkeit ganz zu fordern, oder jeder Schuldner ihn ganz zu leisten hat, so daß, wenn die Leistung einmal erfolgt ist, jede weitere Berechtigung oder Verpflichtung erlischt. Man pflegt dieß mit dem Namen des Solidar-Verhältnisses zu bezeichnen. Ein solches tritt z. B. nach der Vorschrift des §. 1302 dann ein, wenn ein Schade von Mehreren vorsätzlich zugefügt worden ist, wo dann Einer für Alle und Alle für Einen haften. Nothwendiger Weise findet es auch dann statt, wenn Mehrere sich zur Leistung einer untheilbaren Sache verpflichtet haben (§. 890). Ist das Rechtsverhältniß durch den Willen der betheiligten Parteien in der Art festgestellt, daß sich eine und dieselbe Verbindlichkeit ganz und ungetheilt auf jeden Einzelnen der mehreren Gläubiger oder Schuldner bezieht, so wird es insbesondere mit dem Namen der Correalität bezeichnet (§§. 891—896) *).

§. 889.

Außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen haftet also aus mehreren Mitschuldnern einer theilbaren Sache jeder nur für seinen Antheil, und eben so muß von mehreren Mitgenossen einer theilbaren Sache jeder sich mit dem ihm gebührenden Theile begnügen.

1) Wenn in einer und derselben Obligation mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner ursprünglich vorhanden sind, so ist, wenn die Leistung eine theilbare ist, die Regel, daß die Obligation unter den Mehreren ipso

*) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 233. — Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, §§. 16—27 und §§. 31—36.

jure getheilt wird, woraus von selbst die Anordnung des vorstehenden Paragraphen hervorgeht*).

2) Das Gesetz deutet aber zugleich darauf hin, daß es auch Ausnahmen von jener Regel gebe, welche, in so ferne sie nicht aus dem Willen der Betheiligten entspringen, mit dem Namen der unechten Correalität**) belegt werden, welche aber auch die Wirkung haben, daß mehrere Schuldner nach der freien Wahl des Gläubigers auf das Ganze belangt werden können, und daß die Erfüllung von Seite des einen Schuldners zugleich alle übrigen Schuldner befreit. Fälle dieser Art sind:

a) Wenn mehrere Vormünder das Vermögen des Minderjährigen gemeinschaftlich verwalten, oder die Verwaltung ohne Genehmhaltung des Gerichtes unter sich theilen, so haftet nach §. 210 jeder Einzelne für den ganzen dem Minderjährigen erwachsenden Schaden. Diese Bestimmung hat nach §. 280 auch in Ansehung der Verwaltung mehrerer Curatoren zu gelten.

b) Mehrere Erben haften den Gläubigern und Vermächtnißnehmern vor der gerichtlichen Uebergabe der Erbschaft Alle für Einen und Einer für Alle (§. 550). Nach der Einantwortung trifft diese (solidarische) Haftung nur jene Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventariums angetreten haben (§. 820). Haben sie von der Wohlthat des Inventars Gebrauch gemacht, so haftet nach §. 821 jeder Einzelne selbst für die, die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten nur nach Verhältniß seines Erbtheiles.

c) Für einen von Mehreren zugefügten Schaden haften, wenn der Schade vorsätzlich zugefügt wurde, oder wenn sich die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung nicht bestimmen lassen, von den mehreren Theilnehmern nach §. 1302 Alle für Einen und Einer für Alle.

d) Wer sich für eine Person verbürgt, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft nicht verbinden kann, ist, obschon ihm diese Eigenschaft unbekannt war, nach §. 1352 gleich einem ungetheilten Mitschuldner (§. 896) verpflichtet; und ebenso haftet Derjenige, der sich als Bürge und Zahler verpflichtet hat, nach §. 1357 als ungetheilter Mitschuldner für die ganze Schuld. Haben endlich für den nämlichen ganzen Betrag mehrere Personen Bürgschaft geleistet, so haftet nach §. 1359 jeder für den ganzen Betrag.

3) Aus dem hier Aufgeführten erhellet, daß die Fälle der s. g. unechten Correalität nur auf der Seite mehrerer Schuldner (passiv) vorkommen***).

§. 890.

Betrifft es hingegen untheilbare Sachen; so kann ein Gläubiger, wenn er der einzige ist, solche von einem jeden

---

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, §§. 16 und 31.
**) Savigny, a. a. O. §. 20.
***) Savigny, a. a. O. Bd. 1, S. 198.

Mitschuldner fordern. Wenn aber mehrere Gläubiger und nur ein Schuldner da sind; so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger, ohne Sicherstellung heraus zu geben, nicht verpflichtet; er kann auf die Uebereinkunft aller Mitgläubiger dringen, oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen.

1) Ist die Leistung, welche den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmacht, untheilbar, so kann die oben aufgestellte Regel nicht zur Anwendung kommen; es mußte also ein anderer Ausweg getroffen werden. Hierbei kömmt weiter zu unterscheiden, ob mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger vorhanden sind.

2) Haben sich mehrere Schuldner zu einer untheilbaren Leistung verpflichtet, so kann der Gläubiger das Ganze von jedem Einzelnen fordern. Es tritt hier ein wahres Correalverhältniß (u. z. ipso jure) ein, von welchem in den nächstfolgenden Paragraphen die Rede sein wird. Die Folge ist, daß wenn Einer der Schuldner dem Gläubiger das Ganze entrichtet hat, die Verbindlichkeit erloschen ist, und dieser daher von den übrigen Schuldnern nichts mehr fordern darf. Wird aber statt des untheilbaren Gegenstandes eine andere theilbare Sache geleistet (vgl. §. 1414), so kömmt nicht mehr der §. 890, sondern vielmehr der vorhergehende §. 889 zur Anwendung*).

3) Wurde eine untheilbare Sache mehreren Gläubigern versprochen, so hat nach der Vorschrift unseres Gesetzes der Schuldner dafür zu sorgen, daß nicht Einer vor den Andern bevorzugt, sondern jeder gleichmäßig befriedigt werde. Dieß kann geschehen, wenn die mehreren neben einander stehenden Gläubiger übereinkommen, wer von ihnen, oder ob ein anderer Bevollmächtigter für sie die Leistung in Empfang nehmen solle. Kommt eine solche Uebereinkunft nicht zu Stande, so steht dem Schuldner nach §. 1425 bevor, die abzutragende Sache bei Gericht zu hinterlegen, oder wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen. Einem einzelnen, von den übrigen nicht dazu ermächtigten Gläubiger könnte sie von dem Schuldner nur auf dessen Gefahr geleistet werden; er ist daher berechtigt, Sicherstellung dafür zu verlangen. Die nicht befriedigten Gläubiger können in einem solchen Falle Schadloshaltung begehren, aber diese nur mehr zu bestimmten Theilen (§. 889), weil die Entschädigungssumme schon wieder eine theilbare Sache ist.

---

*) Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, intineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro XXXVIII. Dig. refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quae Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem. fr. 72 pr. Dig. de verb. obl. (45, 1).

§. 891.

Correalität.

Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand dergestalt, daß sich Einer für Alle und Alle für Einen ausdrücklich verbinden; so haftet jede einzelne Person für das Ganze. Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er von allen, oder von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Antheilen, oder ob er es von einem Einzigen fordern wolle. Selbst nach erhobener Klage bleibt ihm, wenn er von derselben absteht, diese Wahl vorbehalten; und wenn er von einem oder dem anderen Mitschuldner nur zum Theile befriediget wird, so kann er das Rückständige von den übrigen fordern.

1) Wenn das Verhältniß mehrerer Gläubiger oder Schuldner in der Art festgestellt wird, daß sich die gemeinschaftliche Berechtigung oder Verpflichtung ganz und ungetheilt, auf jeden Einzelnen der mehreren Gläubiger oder Schuldner bezieht, so entsteht das Verhältniß der Correalität, so genannt, weil in den römischen Rechtsquellen *) die also verbundenen Gläubiger oder Schuldner durch den Ausdruck correi bezeichnet werden. Tritt das Verhältniß von Seite der Gläubiger ein, so wird es active, tritt es von Seite des Schuldners ein, passive Correalität genannt, und ebenso spricht man von correis (duobus reis) credendi oder stipulandi, und debendi oder promittendi. Häufig werden auch die Ausdrücke, „Solidargläubiger," „Solidarschuldner" und „Solidarverhältniß" angewendet **); wiewohl diese Benennungen, wenigstens nach römischem Rechte, durchaus nicht indentisch sind ***).

2) Fragen wir nach den Entstehungsgründen des Correalverhältnisses, so finden wir einen solchen zuförderst in dem übereinstimmenden Willen der Parteien, d. i. in einem Vertrage (§. 861); deßhalb heißt es auch im §. 891: „versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand" u. s. w. und im §. 892: „hat Einer mehreren Personen eben dasselbe Ganze zugesagt" u. s. w. Damit stimmt

*) .... si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequor, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus liberetur, contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid sit, si socii fuimus? videamus ne per acceptilationem debeam liberari, alioquin dum a correo meo petitur, ego inquietor. fr. 3. §. 3. Dig. de liber. leg. (34, 3). — Gewöhnlicher ist übrigens der Ausdruck duo rei; so in der Ueberschrift des Tit. 16 der Inst. l. 3; Tit. 2 der Dig. l. 45 und Tit. 40 des Cod. l. 8.

**) Cum duo eandem pecuniam aut promiserunt, aut stipulati sunt, ipso jure et singulis in solidum debetur, et singuli debent; ideoque petitione et acceptilatione unius tota solvitur obligatio. fr. 2. Dig. de duob. reis (45, 2). — Vgl. auch §. 1. Inst. eod. (3, 16).

***) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 140.

auch die Textirung des §. 1203 überein, welche lautet: „Ebenso hat bei gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Antheil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Falle, daß Alle für Einen und Einer für Alle etwas zugesagt oder angenommen haben" *). Die Formel, deren man sich gewöhnlich bedient, ist: „Einer für Alle und Alle für Einen" oder „zur ungetheilten Hand", und einer dieser oder ein anderer ähnlicher Ausdruck, aus welchem der Wille der Paciscenten klar erhellet, müßte allerdings angewendet werden, weil sonst die Vermuthung für die Haftung oder Berechtigung zur getheilten Hand streitet (§. 888), wovon nur rücksichtlich der Handelsgesellschaften (nach §. 1203) eine Ausnahme Platz greift**). — Als zweiten Entstehungsgrund müssen wir, wiewohl das Gesetz dessen nicht ausdrücklich Erwähnung thut, den letzten Willen anerkennen, denn die Verfügung, durch welche der Erblasser mehreren Erben die Entrichtung eines Vermächtnisses als Correalschuldnern aufträgt***), oder die Erben verpflichtet, Einem von Mehreren, die dadurch Correalgläubiger werden, ein Legat auszubezahlen †), gewiß nichts Gesetzwidriges enthält, daher nach dem Allgemeinen, hinsichtlich der letzwilligen Anordnungen geltenden Grundsatze, auf das Genaueste erfüllt werden muß. — Kraft gesetzlicher Anordnung tritt die Correalität bei den Wechselverpflichteten ein, indem nach Art. 81 der W. O. vom 1. Mai 1850 die wechselmäßige Verpflichtung den Aussteller, Acceptanten und Indossanten des Wechsels, so wie einen Jeden trifft, welcher den Wechsel, die Wechselcopie, das Accept oder das Indossement mit unterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) benannt hat. Die Verpflichtung dieser Personen erstreckt sich auf Alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat. Der Wechselinhaber kann sich wegen seiner ganzen Forderung an den Einzelnen halten; es steht in seiner Wahl, welchen Wechselverpflichteten er zuerst in Anspruch nehmen will. — Weiter sind nach §. 201 lit. c. d. und §. 2 der Zoll- und Staats-Monopolsordnung vom 11. Juli 1835 diejenigen Personen, welche in Absicht auf eine unverzollte Waare sich einer Handlung oder Unterlassung

---

*) Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris [fiunt] contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit, Titius [aut] Mevius Sempronio decem dato. fr. 9. pr. Dig. de d. reis. (45, 2).

**) Auch Derjenige, der sich für eine Person verbürgt, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft nicht verbinden kann, ist, obschon ihm diese Eigenschaft unbekannt war, nach §. 1352 gleich einem ungetheilten Mitschuldner verpflichtet.

***) Vgl. die oben angef. Stelle aus fr. 9. pr. Dig. 45, 2., dann fr. 8. §. 1. Dig. de leg. I. (30) und fr. 25. pr. Dig. de leg. III. (32).

†) Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando, ab utroque liberatur. Si neutri dederit, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret; nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri. fr. 16. Dig. de leg. II. (31).

schuldig machten, die ihnen nach dem Strafgesetze über Gefälls-Uebertretungen als Verkürzung der Zollgebühr, oder Verletzung eines Eingangs- oder Ausfuhrverbotes, als Mitschuld oder Theilnehmung an einer solchen Uebertretung, oder als Versuch derselben zugerechnet werden kann, oder die eine Waare mit der Kenntniß des Umstandes, daß dieselbe der Entrichtung der Zollgebühr gesetzwidrig entzogen wurde, an sich brachten, zur ungetheilten Hand verpflichtet. — Endlich bestimmt der §. 341 der Str. P. O., daß von mehreren Mitschuldigen oder Theilnehmern jeder einzelne zur Bezahlung der im §. 340 ebd. bezeichneten Gebühren, so wie zur Tragung derjenigen Kosten zu verhalten ist, welche durch seine Verpflegung in der Untersuchungshaft, seine Vertheidigung oder durch sein besonderes Verschulden entstanden sind, daß aber zur Bezahlung aller andern Kosten des Strafverfahrens sämmtliche Mitschuldige oder Theilnehmer zur ungetheilten Hand zu verurtheilen kommen. Ebenso heißt es auch im §. 903 des Strafgesetzes über Gefällsübertretungen, daß, wenn zwei oder mehrere Beschuldigte wegen einer und derselben Uebertretung zur Vergütung der Kosten des Verfahrens verurtheilt werden, ihnen diese Verbindlichkeit zur ungetheilten Hand obliegt, wovon jedoch die auf den Unterhalt, die Bekleidung und die Krankenpflege des Beschuldigten oder auf dessen Ablieferung an einen andern Ort verwendeten Kosten, und die durch die Werkprobe, oder durch die Versendung der bei der Werkprobe erzeugten oder bereiteten Gegenstände entstandenen Ausgaben ausgenommen sind. — Daß eine wahre Correalität auch dann begründet werde, wenn eine untheilbare Sache von Mehreren zu leisten kommt, wurde schon oben (S. 57) angeführt, so wie auch (S. 56) die Fälle der s. g. unechten Correalität angegeben wurden.

3) Indem wir auf die Wirkungen des Correalverhältnisses übergehen, scheint es vorher nothwendig, die wahre praktische Bedeutung desselben festzustellen, welche darin gelegen sein dürfte, daß dem Gläubiger durch dieses Verhältniß größere Sicherheit und eine freiere Macht in der Geltendmachung seiner Forderung verliehen werde *). Bei der passiven Correalität haftet deßhalb jeder einzelne Schuldner für das Ganze und der Gläubiger kann sich hinsichtlich seiner ganzen Forderung an jeden Einzelnen halten. Er kann dieselbe mithin auf der Realität eines jeden der Correalschuldner in ihrem vollen Betrage versichern lassen **), und hat ebenso bei

---

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 217 u. ff.

**) Nur eine nothwendige Folgerung aus diesem Grundsatze ist es, daß durch die Einverleibung eines von zwei Schuldnern in solidum ausgestellten Schuldscheines auf eine diesen Schuldnern zu gleichen Theilen gehörige Realität, jede Hälfte derselben mit der ganzen Schuldforderung sammt Zugehör belastet werde, wie auch zu wiederholten Malen von dem obersten Gerichtshofe anerkannt wurde (Vgl. die in Pratobevera's Mat. Bd. 8, S. 340 mitgetheilte Entscheidung und den Aufsatz von Staudinger in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1834, Bd. I. S. 201). Ganz verschieden hiervon ist der Fall, wenn Jemand auf eine Realität ein Pfandrecht erworben hat, und diese in der Folge unter mehrere Miteigenthümer getheilt wird, ohne daß sich dieselben dem Hypothekargläubiger gegenüber in solidum verpflichten; hier tritt vielmehr die Regel des §. 889 wieder in Wirksamkeit, daß von mehreren Mit-

der Einklagung derselben die freieste Hand. Das Gesetz räumt ihm nämlich das Recht ein: a) alle Mitschuldner mit einer gemeinschaftlichen Klage*) zu belangen und das Ganze von ihnen zu fordern oder b) die ganze Schuld wider einen einzelnen Correalschuldner einzuklagen; oder c) die einzelnen Mitschuldner nach von ihm gewählten Theilen anzugehen**). Thut er das Letztere, so begibt er sich dadurch keineswegs des Anspruches auf die solidarische Haftung der Uebrigen; ja es bleibt ihm sogar nach erhobener Klage noch frei, von derselben wieder abzustehen und einen andern geeigneteren Weg zur Geltendmachung seines Rechtes einzuschlagen, wiewohl es sonst nach dem Hfd. vom 15. Jänner 1787, Nr. 620 der J. G. S. lit. e nicht gestattet ist, eine übel instruirte Klage in der Absicht zurückzunehmen, um dieselbe zu verbessern und übergangene Behelfe und Beweismittel nachzutragen. — Hat der Gläubiger einen Theil seiner Forderung von einem oder dem andern Mitschuldner erhalten, so steht ihm in Ansehung des Restes noch immer die oben angedeutete Wahl offen***).

§. 892.

Hat hingegen Einer mehreren Personen eben dasselbe Ganze zugesagt, und sind diese ausdrücklich berechtiget worden, es zur ungetheilten Hand fordern zu können; so muß der Schuldner das Ganze demjenigen dieser Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht.

Im Falle der activen Correalität ist jeder Mitgläubiger berechtiget, die ganze Forderung gegen den gemeinsamen Schuldner einzuklagen und dieser ist verpflichtet, denjenigen zu befriedigen, der ihn zuerst darum an-

---

schuldnern einer theilbaren Sache jeder nur für seinen Antheil haftet; der Gläubiger ist also nicht berechtigt, sich rücksichtlich einiger Miteigenthümer seines Pfandrechtes zu begeben, und rücksichtlich seiner ganzen versicherten Forderung aus dem Antheile eines einzigen Miteigenthümers zahlhaft zu machen; er kann vielmehr jeden einzelnen Miteigenthümer nur nach Verhältniß seines Antheiles in Anspruch nehmen (Urtheil des obersten Gerichtshofes vom 31. Mai 1854, Z. 574, Nr. 66 und 67 der allg. österr. Ger. Ztg. Jahrg. 1855).

*) S. §. 4 der allg., der gal. und der ital. und §. 11 der ung. und siebenb. G. O. — Hierdurch wird dann auch der besondere Gerichtsstand der Streitgenossenschaft begründet (Vgl. §. 41 der allg., dann der ital. und dalm. und §. 40 der ung. und siebenb. J. N.).

**) Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc enim est duorum reorum, ut unus quisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro solidum peti. Partes autem et a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et a fidejussore petere possumus. fr. 3. §. 1. Dig. de d. r. (45, 2). — Vgl. auch fr. 11 pr. ibd. und fr. 8. §. 1. Dig. de leg. I. (30).

***) Das Gesetz sagt, er könne das Rückständige „von den übrigen" fordern, setzt aber hierbei wohl voraus, daß von den bereits eingeklagten Schuldnern nichts weiter zu erlangen ist.

geht*), ohne daß er hier, wie im Falle des §. 890 (s. oben S. 57) Sicherstellung zu fordern berechtiget wäre.

§. 893.

Sobald ein Mitschuldner dem Gläubiger das Ganze entrichtet hat, darf dieser von den übrigen Mitschuldnern nichts mehr fordern; und sobald ein Mitgläubiger von dem Schuldner ganz befriediget worden ist, haben die übrigen Mitgläubiger keinen Anspruch mehr.

1) Da in dem Correalverhältnisse nur Eine Verbindlichkeit von Seite mehrerer Schuldner oder gegen mehrere Gläubiger besteht, so ist eine nothwendige Folge hievon, daß der Gegenstand derselben nur einmal gefordert werden kann, und daß durch die einmalige Leistung das ganze Obligationsverhältniß erlischt. Hat also ein Schuldner dem gemeinschaftlichen Gläubiger das Ganze entrichtet, so befreit er dadurch auch alle übrigen Mitschuldner**), und ebenso wird durch eine theilweise Leistung die Schuld der Andern wenigstens verringert***). Umgekehrt tilgt die Erfüllung, die an Einen der Correalgläubiger vorgenommen wird, auch die Forderung aller Uebrigen, mag die Zahlung im ganzen Umfange oder nur theilweise geschehen†). Wenn demnach eine Satzpost, welche zu Gunsten mehrerer Personen als Correalgläubiger haftet, Einem derselben zurückbezahlt wird, so genügt zur Löschung derselben die von diesem Einen Mitgläubiger allein ausgestellte Löschungserklärung, und es ist zur Löschung der ganzen Hypothekarpost die Einwilligung der übrigen Mitgläubiger keineswegs erforderlich††).

2) Außer der Erfüllung gibt es auch noch andere Arten der Auflösung einer Verbindlichkeit; es drängt sich also nothwendiger Weise die

---

*) Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri dederit, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. fr. 16. Dig. de leg. II. (31).

**) Die oben (S. 61) angeführte Stelle aus fr. 3. §. 1. Dig. de d. r. (45, 2) fährt daher fort: utique enim, quum una sit obligatio, una etiam summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.

***) Si ita scriptum sit: *Lucius Titius heres meus, aut Maevius heres meus decem Sejo dato*, cum utro velit, Sejus aget, ut, si cum uno actum sit, et solutum, alter liberatur, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab altero partem petierit? Liberum ei erit, ab alterutro reliquum petere. Idem erit, et si alter partem solvisset. fr. 8. §. 1. Dig. de leg. I. (30).

†) Ex hujusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, et omnes liberat. §. 1. Inst. de d. r. (3, 10). — Vgl. das o. a. fr. 16. Dig. de leg. II. (32); dann fr. 31. §. 1. Dig. de nov. (46, 2) und fr. 34. §. 1. Dig. de solut. (46, 3).

††) Vgl. die allg. öst. Ger. Ztg. Jahrg. 1854, Nr. 150.

Frage auf, welchen Einfluß diese auf das Correalverhältniß üben? Man pflegt bei Beantwortung derselben gewöhnlich jene Thatsachen, welche den objectiven Bestand der Verbindlichkeit selbst betreffen, und solche, die bloß die subjective (persönliche) Beziehung derselben berühren, von einander zu unterscheiden, und die Behauptung aufzustellen, daß die ersteren eine Erlöschung der Obligation allen Mitgläubigern oder Schuldnern gegenüber herbeiführen, während die letzteren nur auf jene Personen (Subjecte) wirken, zwischen denen sie eingetreten sind*). Dennoch wird es nothwendig, auf die einzelnen Erlöschungsarten etwas näher einzugehen. Hierbei sind zuvörderst jene Thatsachen in Betrachtung zu ziehen, welche man als Surrogate der Erfüllung bezeichnen kann**), weil sie das Nämliche, wie diese, nur auf anderem Wege, bewirken.

a) Wird nun, wenn der Gläubiger und Schuldner einverstanden sind, oder weil die Zahlung selbst unmöglich ist, etwas Anderes an Zahlungsstatt gegeben (§. 1414)***), so erlischt dadurch die Verbindlichkeit selbst und es werden somit, wenn auch nur Einer unter Mehreren mit dem gemeinsamen Gegentheile ein solches Uebereinkommen trifft, alle Mitschuldner von ihrer Verbindlichkeit befreit, so wie die Forderungen aller Mitgläubiger getilgt.

b) Das Gleiche gilt von der gerichtlichen Hinterlegung der Schuld †) oder dem Ansuchen um gerichtliche Einleitung der Verwahrung des zu leistenden Gegenstandes, wenn sie von dem gemeinsamen Schuldner gegenüber Einem von mehreren Gläubigern, oder von Einem der mehreren Schuldnern gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger unter Beobachtung der Vorschriften des §. 1425 vorgenommen wird, indem sie den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, da aber nur eine Verbindlichkeit besteht, eben diese erlöschen macht.

c) Die Compensation wird im §. 1438 als eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten bezeichnet, welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt; sie muß also auch unter dem Bestande eines Correalverhältnisses denselben Einfluß üben, wie diese. Eine andere Frage aber ist es, ob der gemeinsame Schuldner dem klagenden Gläubiger vermittelst der Einwendung (§. 1438) der Compensation auch jene Forderungen entgegensetzen könne, die er nicht an ihn, sondern an einen andern

---

*) Auf diese Unterscheidung weist auch das fr. 19. Dig de d. r. (45, 2) hin: Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur, multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; cum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus; et ideo si aqua et igne interdictum est alicui, fidejussor postea ab eo datus tenetur.

**) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 161.

***) Man nennt diese Erlöschungsart die Gebung an Zahlungsstatt (datio in solutum). Tollitur autem omnis obligatio — heißt es im pr. der Inst. qui mod. obl. (3, 29) — solutione ejus, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit.

†) Obsignationem totius debitae solenniter facta liberationem contingere manifestum est. const. 9. Cod. de sol. (8, 43).

Mitgläubiger zu stellen hat, und ob der von dem gemeinsamen Gläubiger um Zahlung angegangene Schuldner auch mit Gegenforderungen, die nicht ihm, sondern einem andern Mitschuldner zustehen, compensiren könne? Diese Frage scheint bei dem bestimmten Wortlaute des §. 1441, — daß ein Schuldner seinem Gläubiger dasjenige nicht in Aufrechnung bringen könne, was dieser einem Dritten, und der Dritte dem Schuldner zu zahlen hat — verneint werden zu müssen*).

d) Welche Wirkung die Entsagung äußere, wird beim nächstfolgenden Paragraphen erläutert werden.

e) Die Vereinigung des Rechtes und der Verbindlichkeit in einer Person (§. 1445) berührt nicht sowohl das Dasein der Obligation, als vielmehr die persönliche Beziehung derselben, es werden also dadurch die Rechte der übrigen Mitgläubiger, so wie die Verbindlichkeiten der übrigen Mitschuldner nicht berührt. Stirbt demnach Einer von den mehreren Correalschuldnern, und wird von dem gemeinsamen Gläubiger beerbt, so kann dieser seine Forderung noch immer gegen die übrigen Schuldner geltend machen**); und auf ähnliche Weise muß entschieden werden, wenn der Gläubiger stirbt, und einer der Correalschuldner sein Erbe wird, oder wenn unter mehreren Correalgläubigern Einer den gemeinsamen Schuldner beerbt, oder Dieser Erbe Eines der Correalgläubiger wird***).

f) Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt nach §. 1447 alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf, und es kann hierbei der Umstand, daß auf der einen oder der andern Seite mehrere Berechtigte oder Verpflichtete vorhanden sind, keinen Unterschied begründen; diese Erlöschungsart muß somit als eine, das Object der Verbindlichkeit berührende angesehen werden.

g) Dasselbe gilt offenbar auch vom Zeitverlaufe, wenn die Verbindlichkeit an sich auf eine bestimmte Zeit beschränkt war, und die Forderung während derselben nicht geltend gemacht wurde (§. 1449).

h) Was die Erlöschung durch Verjährung anbelangt, so wird diese wohl in der Regel zu Gunsten mehrerer Mitschuldner oder gegen mehrere Correalgläubiger gleichzeitig ablaufen; dennoch könnte aber eine Hemmungs- oder Unterbrechungsursache nur auf Seite eines oder des andern Betheiligten eintreten, und dadurch die Frage praktisch werden, in wiefern sie auch auf die übrigen wirke. Steht nun ein Recht ungetheilt mehreren Gläubigern zu, und es wird die Verjährung in Ansehung des Einen gehemmt (z. B. weil er sich in Civil- oder Kriegsdiensten entfernen mußte, §. 1496), so scheint dieß auf den Ablauf der Verjährung gegen die übrigen

---

*) Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. fr. 10. Dig. de d. r. (45, 2).

**) Die Regreßrechte dieser letzteren können erst beim §. 896 erörtert werden. Auch im fr. 71. pr. Dig. de fidei. (46, 1) heißt es: . . . quum duo rei promittendi sint, et alteri heres exstitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam.

***) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 196. Anmerk. 2.

Mitgläubiger keinen begünstigenden Einfluß zu üben, weil diese Verhältnisse eine rein persönliche Natur haben*); es wird aber auch dadurch die Wirkung des eingetretenen Hemmungsgrundes dem Einen Gläubiger gegenüber, auf den er eben zunächst Bezug hat, nicht berührt, d. h. der Schuldner kann diesem Gläubiger die gegen die übrigen Gläubiger abgelaufene Verjährung nicht entgegensetzen. Das Gleiche muß wohl auch hinsichtlich der, nur von Einem Gläubiger herbeigeführten Unterbrechung durch Klage, oder Anerkennung der Schuld (§. 1497) gelten**). Gebührt ein und dasselbe Recht zur ungetheilten Hand gegen mehrere Schuldner, so unterbricht die Ausübung des Rechtes gegen einen Schuldner die Verjährung auch gegen alle übrigen, in so weit sie sich nicht widersetzt haben (§. 1482)***); außer diesem Falle aber tritt auch hier der oben aufgestellte Grundsatz ein, daß die Hemmung oder Unterbrechung nur in Beziehung auf diejenigen Personen bewirkt wird, welche unmittelbar dabei als betheiligt erscheinen. Ist also z. B. Einer der Schuldner der Ehegatte des Gläubigers, so kann der zu Gunsten der übrigen Schuldner eingetretene Ablauf der Verjährungszeit von diesem wegen des in Mitte stehenden Hemmungsgrundes des §. 1495 nicht geltend gemacht werden.

i) Durch die Novation (den Neuerungs-Vertrag) hört nach §. 1378 die vorige Haupt-Verbindlichkeit auf, es scheint daher, daß ihr die gleiche Wirkung, wie der Zahlung, beigelegt werden muß, so daß die Novation, die Einer unter mehreren Gläubigern mit dem gemeinsamen Schuldner vornimmt, die Schuld auch für die übrigen Gläubiger tilgt, und daß durch die Novation zwischen dem gemeinsamen Gläubiger und Einem der ihm gegenüber stehenden Schuldner Alle befreit werden †).

k) Der Vergleich ist nach §. 1380 ein Neuerungs-Vertrag, durch welchen streitige oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, daß jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu thun oder zu unterlassen verbindet, es ist also ein zusammengesetztes Geschäft ††) und beruht auf

---

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 195.

**) Pachmann, die Verjährung (Wien, 1833) S. 37. — Anders hatte es Justinian in der const. 5. Cod. de d. r. (8, 40) verfügt: .... aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitionem, aliis debitoribus praejudicare, et aliis prodesse creditoribus. Allein diese Bestimmung ist in unser Gesetzbuch nicht aufgenommen worden; es bleibt daher, wie Pachmann a. a. O. hervorhebt, bei der Regel: „Was zwischen Zweien verhandelt wird, kann einem Dritten weder nützen noch schaden."

***) Pachmann, a. a. O.

†) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 164. — Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi adquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum judicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulatus est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis, cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. fr. 31. §. 1. Dig. de nov. (46, 2).

††) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 179.

einem theilweisen **Erfüllen** und theilweisen Erlasse. In der ersteren Beziehung wirkt er daher wie die Zahlung, in der zweiten Beziehung müssen die Grundsätze des nächstfolgenden §. 894 darauf zur Anwendung kommen.

§. 894.

Ein Mitschuldner kann dadurch, daß er mit dem Gläubiger lästigere Bedingungen eingeht, den übrigen keinen Nachtheil zuziehen, und die Nachsicht oder Befreiung, welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, kommt den übrigen nicht zu statten.

1) Der Regel des §. 881 zu Folge kann außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen Niemand für einen Andern ein Versprechen machen oder annehmen; nnd diese Regel findet auch bei dem Correalverhältnisse ihre volle Anwendung. Hat also Einer aus mehreren Schuldnern mit einem gemeinsamen Gläubiger **lästigere** Bedingungen eingegangen, z. B. die Zahlung in kürzeren Fristen zugesichert, höhere Zinsen bedungen u. s. w., so hat dieß auf die übrigen Mitschuldner keinen Einfluß, eben so wirkt aber umgekehrt auch die **Nachsicht** oder **Befreiung** nur zu Gunsten desjenigen Schuldners, dem sie von dem Gläubiger ertheilt wurde.

Hiervon soll nach **Nippel** (Erläut. Bd. 6, S. 100) eine Ausnahme dann eintreten, wenn die Befreiung oder Nachsicht einem Mitschuldner „ohne Bezug auf seine Person" im Allgemeinen zugesichert und von ihm angenommen worden ist; allein der Schluß a contrario, durch welchen der Verfasser diese Behauptung begründen will, scheint uns nicht bündig *).

2) Die nämlichen Grundsätze müssen zur Anwendung kommen, wenn der im Gesetze nicht ausdrücklich enthaltene Fall eintritt, daß **Einer** von mehreren **Gläubigern** mit dem gemeinsamen Schuldner lästigere Bedingungen verabredet, oder mit diesem einen Erlaßvertrag abgeschlossen hat. Erstere kommen den **übrigen** Gläubigern nicht zu Guten, letzterer hindert sie aber auch nicht, ihre Ansprüche noch ferner geltend zu machen**).

---

*) Vgl. Dr. L. **Schuster**, über die Anwendung der Schlußform a contrario auf die Auslegung des a. b. G. B. in Haimerl's Mag. Bd. 11., S. 260. — Auch nach römischem Rechte übt der Erlaßvertrag, wenn er gleich in **rem** lautet, seine Wirkung nur auf **den** Schuldner, mit welchem er geschlossen wurde. **Savigny**, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 176.

) Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est. fr. 27. pr. Dig. de pact. (2, 14). — S. die Erläuterung dieser Stelle bei **Savigny, Bd. 1, S. 173.

§. 895.

Wie weit aus mehreren Mitgläubigern, welchen eben dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand zugesagt worden ist, derjenige, welcher die ganze Forderung für sich erhalten hat, den übrigen Gläubigern hafte, muß aus den besonderen zwischen den übrigen Mitgläubigern bestehenden rechtlichen Verhältnissen bestimmt werden. Besteht kein solches Verhältniß; so ist einer dem anderen keine Rechenschaft schuldig.

1) In Bezug auf die gänzliche Feststellung des Correalverhältnisses fehlt nur noch die Bestimmung über den s. g. Regreß oder die spätere Ausgleichung, d. h. die Beantwortung der Frage, ob ein Correalgläubiger, der das Ganze erhalten hat, hinterher mit seinen Mitgläubigern theilen müsse, und ob ein Correalschuldner, der das Ganze bezahlt hat, nachträglich von seinen Mitschuldnern den theilweisen Ersatz fordern kann. Der Natur der Sache nach scheinen diese beiden Fragen verneint werden zu müssen; denn eine solche Theilung ist nicht in dem Wesen des Correalverhältnisses begründet. Die Correalverpflichtung ist durch die Zahlung erloschen und kann daher auch unter den Mitgläubigern und Mitschuldnern keine weiteren Wirkungen mehr hervorbringen. Auf der andern Seite läßt sich aber nicht verkennen, daß die getheilte Schuld als Regel (§. 889) gilt, und die Correalberechtigung und Verpflichtung sich nur als Ausnahme darstellt, so wie daß durch die Zulassung des späteren Regresses verhütet wird, daß sich Einer auf Kosten des Andern bereichere, daß mithin eine solche Ausgleichung als billig und wünschenswerth erscheine. Dieß hat dann meistentheils zu dem Resultate geführt, daß man den Regreß, wenn etwa ein Grund zu demselben außer und neben dem Correalverhältnisse vorhanden ist, nicht als unvereinbar mit diesem erkannte, ihn aber nicht als eine nothwendige Folge des Correalverhältnisses selbst hinstellte *).

2) Bei der activen Correalität ist nun unser a. b. G. B. dieser Anschauung auch wirklich gefolgt. Es bestimmt nämlich, daß die Haftung des Correalgläubigers seinen Mitgläubigern gegenüber aus den besondern, zwischen ihnen bestehenden rechtlichen Verhältnissen beurtheilt werden muß, und daß, wo kein solches besonderes Verhältniß besteht, auch Einer dem Andern keine Rechenschaft schuldig ist. Die besondern Verhältnisse, aus denen eine Pflicht zur Theilung hervorgehen kann, werden aber gewöhnlich in einer gesellschaftlichen Verbindung (vgl. §. 1193), oder in einer Bevollmächtigung (vgl. §. 1009) bestehen.

§. 896.

Ein Mitschuldner zur ungetheilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, ist berechtiget,

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 226.

auch ohne geschehene Rechtsabtretung von den übrigen den Ersatz, und zwar, wenn kein anderes besonderes Verhältniß unter ihnen besteht, zu gleichen Theilen zu fordern. War einer aus ihnen unfähig, sich zu verpflichten, oder ist er unvermögend, seiner Verpflichtung Genüge zu leisten; so muß ein solcher ausfallender Antheil ebenfalls von allen Mitverpflichteten übernommen werden. Die erhaltene Befreiung eines Mitverpflichteten kann den übrigen bei der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig sein (§. 894).

1) Bei der passiven Correalität hat unser b. G. B., abweichend von den oben entwickelten Grundsätzen des strengen Rechtes, aus Billigkeitsrücksichten den allgemeinen Anspruch auf theilweisen Ersatz von Seite der Mitschuldner anerkannt; und zwar dieß um so mehr, als die Correalverbindlichkeit eigentlich nur zum Vortheile des Gläubigers gereichen soll (siehe oben S. 60). Vor Allem ist übrigens auch hier auf das besondere, zwischen den Mitschuldnern obwaltende Verhältniß zu sehen, wie wenn sie z. B. mit einander in einer Gesellschaft stehen (vgl. §. 1197).

2) Abgesehen von einem solchen besonderen Verhältnisse, wurde nach dem früheren Rechte der Ersatzanspruch des zahlenden Schuldners gegen seine Mitverpflichteten meistentheils durch die Abtretung der Klage des befriedigten Gläubigers begründet, welche bald als freiwillige, bald als erzwungene, bald als vermuthete oder fingirte Cession aufgefaßt wurde*). Unser b. G. B. bestimmt nun, daß es einer solchen Rechtsabtretung (welche allerdings auch der §. 1358, 1422 und 1423 anerkennt) nicht bedarf, und spricht dem Mitschuldner zur ungetheilten Hand auch ohne dieselbe den Rückersatzanspruch, und zwar zu gleichen Theilen zu.

3) Eine Ausnahme hievon tritt dann ein, wenn sich Jemand für einen Andern als Bürge und Zahler verpflichtet hat, und deßhalb als Mitschuldner zur ungetheilten Hand für die ganze Schuld von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird (§. 1357). In diesem Falle geht es aus der Natur der Bürgschaft (§. 1346) hervor, daß der Zahlende gegen den Hauptschuldner nicht nur den Regreß auf die Hälfte, sondern vielmehr auf das Ganze der bezahlten Schuld nehmen kann (§. 1358).

4) Die weitere Bestimmung des §. 896, daß die Unfähigkeit des Einen der Mitschuldner, sich zu verpflichten, oder die Zahlungsunvermögenheit desselben auf die Ansprüche der übrigen Mitschuldner keinen Einfluß übt, folgt aus der Natur des Correalverhältnisses. Der ausfallende Theil muß also von den Mitverpflichteten übernommen werden; wenn demnach z. B. unter vier Correalschuldnern, Einer zahlungsunfähig ist, so kann von demjenigen, der den Gläubiger befriedigt hat, der Regreß gegen die beiden noch übrigen Mitschuldner nicht bloß auf ein Viertheil, sondern je auf ein Drittheil der Schuld genommen werden.

---

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 239.

5) Die Verfügung des Schlußsatzes des §. 996 folgt aus der schon oben (S. 66) erörterten Bestimmung des §. 894.

§. 897.

In Ansehung der Bedingungen bei Verträgen gelten überhaupt die nämlichen Vorschriften, welche über die den Erklärungen des letzten Willens beigesetzten Bedingungen aufgestellt worden sind.

Nebenbestimmungen bei Verträgen: 1) Bedingungen;

§. 898.

Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bei einem letzten Willen für nicht beigesetzt angesehen werden, sind ungiltig.

§. 899.

Ist die in einem Vertrage vorgeschriebene Bedingung schon vor dem Vertrage eingetroffen; so muß sie nach dem Vertrage nur dann wiederholet werden, wenn sie in einer Handlung dessen, der das Recht erwerben soll, besteht, und von ihm wiederholet werden kann.

§. 900.

Ein unter einer aufschiebenden Bedingung zugesagtes Recht geht auch auf die Erben über.

1) Der Begriff einer Bedingung, so wie die wesentlichen Momente desselben wurden bereits in den Zusätzen zu §. 696 des a. b. G. B. (Bd. 2, S. 525 d. W.) erörtert, und dort auch die wichtigsten Eintheilungen der Bedingungen (ebd. S. 527) auseinander gesetzt, worauf hier zu verweisen kommt.

2) Was die Wirkung der Bedingungen anbelangt, so gelten im Allgemeinen auch bei Verträgen die in Ansehung der Erklärungen eines letzten Willens aufgestellten Grundsätze, allerdings aber mit einigen Abweichungen, welche in dem Folgenden erörtert werden sollen.

3) Ganz unverständliche Bedingungen, welche bei letztwilligen Anordnungen für nicht beigesetzt zu achten sind (§. 697), machen einen Vertrag ungiltig. Der Grund dieses Unterschiedes dürfte darin gelegen sein, daß bei einem letzten Willen überhaupt die möglichste Aufrechthaltung desselben als Grundsatz dient, und daß es sich dabei um eine einseitige Willenserklärung handelt, durch welche Jemanden ein Vortheil zugewendet werden will, dessen er dadurch nicht verlustig gehen soll, daß der Erklärende

sich undeutlicher Ausdrücke bediente, wogegen bei den Verträgen, als zweiseitigen Rechtsgeschäften, jeder Theil darüber wachen kann, daß nichts Unverständliches in die Verabredung aufgenommen werde, daher er es sich nur selbst zuzuschreiben hat, wenn diese keine Wirkung hervorbringt.

4) Eine unmögliche, aufschiebende Bedingung macht die Verabredung, der sie beigefügt ist, ungiltig, weil es eben gewiß ist, daß die Erfüllung der Bedingung niemals eintreten kann, daher die Zusicherung eines Rechtes unter einer solchen Bedingung eigentlich einer Verweigerung desselben gleichkömmt.

5) Ebenso macht aber auch eine unmögliche, auflösende Bedingung den Vertrag ungiltig, während sie bei einer letzten Willenserklärung als nicht beigesetzt zu achten ist, Letzteres deßhalb, weil es eben gewiß ist, daß dasjenige nicht geschehen kann, wovon der Verlust des Rechtes abhängig gemacht wurde, daher man dieses als unbedingt erworben ansehen muß*). Bei Verträgen ist aber vielmehr anzunehmen, daß es den Parteien überhaupt mit einer solchen Verabredung nicht Ernst gewesen sei**); und zwar ist diese Annahme hier um so unverfänglicher, als die Parteien in der Regel das Versäumte noch immer nachholen, und den Vertrag neuerdings unbedingt abschließen können, was bei letzwilligen Anordnungen nicht möglich ist***).

6) Alles, was bisher (Z. 3 u. 4) gesagt wurde, gilt auch von unerlaubten Bedingungen. Sie machen, aufschiebend oder auflösend beigesetzt, den Vertrag ungiltig. Im letzteren Falle findet auch hier eine Abweichung von den, für letzte Willenserklärungen geltenden Anordnungen (§. 698) statt, und zwar wohl deßhalb, weil bei Verträgen eine Trennung der Bedingung von dem Versprechen in den meisten Fällen geradezu gegen die Absicht der Parteien sein würde†).

7) Die Bedingung der Nichtverehelichung, welche unter den, bei §. 700 des b. G. B. angeführten Beschränkungen (s. Bd. 2, S. 540 d. W.) als nicht beigesetzt anzusehen ist, bewirkt ebenfalls, aus den bisher entwickelten Gründen, die Ungiltigkeit des Vertrages.

8) Die Erwerbung eines, von einer aufschiebenden möglichen und erlaubten Bedingung abhängig gemachten Rechtes kann nur durch die genaue Erfüllung derselben bewirkt werden (§. 699); doch ist es

---

*) Nippel (Materialien, S. 126) meint, daß diese Bestimmung auch bei Verträgen zu gelten habe, daß daher die einer Verabredung beigerückte unmögliche auflösende Bedingung als nicht beigesetzt anzusehen sei, geräth aber dadurch ohne Noth mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch.

**) Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus (veluti emtiones, locationes) impossibili conditione interposita aeque nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. fr. 31. Dig. de obl. et act. (44, 7).

***) Savigny, System. Bd. 3, S. 194.

†) Savigny, System. Bd. 3, S. 197.

nicht nothwendig, daß der Paciscent die Erfüllung erlebe (wie dieß §. 703 bei letztwilligen Anordnungen fordert), da nach §. 900 ein unter einer aufschiebenden Bedingung zugesagtes Recht auch auf die Erben übergeht*). Es ist ferner gleichgiltig, ob die Bedingung schon vor dem Abschlusse des Vertrages oder erst nach demselben eingetroffen, und eine Wiederholung derselben schreibt das Gesetz (§. 899) wie bei letzten Willenserklärungen (§. 701) nur dann vor, wenn die Bedingung eine s. g. potestative ist und wiederholt werden kann. Bei einer verneinenden, aufschiebenden Bedingung tritt, wenn sie einer Erklärung des letzten Willens beigesetzt ist, nach §. 708 der Bedachte sogleich in den Genuß des Nachlasses ein, und die aufschiebende, verneinende Bedingung wird vielmehr ihrer Wirkung nach als eine auflösende angesehen, so daß der Erbe oder Legatar den ihm zugedachten Nachlaß wieder herausgeben muß, wenn die Bedingung in der Folge verletzt wird (s. Bd. 2, S. 538 d. W.). Diese, nur den Erben und Vermächtnißnehmern zugestandene Begünstigung kann aber von einem Vertrag schließenden Theile unseres Erachtens nicht in Anspruch genommen werden, weil es eben in seiner Macht lag, sich vorzusehen und weil, wenn auch die Gewißheit der Erfüllung (d. i. die Unmöglichkeit der betreffenden Ereignung) erst mit dem Tode des Paciscenten eintritt (z. B. wenn es hieße, A soll 1000 fl. bekommen, wenn er sein Vaterland nicht verläßt), der Vertrag dennoch nicht unwirksam wird, da das daraus entspringende Recht auf die Erben des annehmenden Theiles übergeht (§. 900), was bei einer letzten Willenserklärung nicht statt fände (§§. 536 und 703).

9) Bei einer auflösenden Bedingung wird das daran geknüpfte Recht sogleich erworben, geht aber wieder verloren, wenn die Bedingung eintritt.

§. 901.

Haben die Parteien den Bewegungsgrund oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. Außerdem haben dergleichen Aeußerungen auf die Giltigkeit entgeltlicher Verträge keinen Einfluß. Bei den unentgeltlichen aber sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden. 2) Bewegungsgrund:

1) Beweggrund ist derjenige Umstand, welcher den Willen des Paciscenten bestimmt hat, einen eben in Frage stehenden Vertrag einzugehen. Ein solcher übt in der Regel auf den Vertrag selbst keinen Einfluß, denn er bildet keinen Theil des Inhaltes der Erklärung, und nur diese ist für den Paciscenten maßgebend. Der Vertrag bleibt also aufrecht, wenn der Beweggrund auch in der Folge für irrig befunden würde, und dieß selbst dann, wenn sich der Irrende über den Beweggrund seines Han-

*) Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio existet, mors nobis contigerit. §. 4. Inst. de verb. obl. (3, 15).

delns geäußert hätte, ohne ihn jedoch zur Bedingung zu machen, wovon gleich unten die Rede sein wird. — Eine Ausnahme tritt nur bei unentgeltlichen Verträgen ein, welche, gleich letztwilligen Anordnungen, auf einem bloßen Acte der Freigebigkeit beruhen, von denen also zu vermuthen ist, daß sie gar nicht, oder wenigstens nicht in der nämlichen Weise abgeschlossen worden wären, wenn der Beweggrund, der ihre Eingehung veranlaßte, sich als irrig erwiesen hätte. Hat demnach der Wille des Paciscenten einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht, so ist der Vertrag ungiltig (§. 572).

2) Anders verhält sich die Sache, wenn der Beweggrund oder der Endzweck ihrer Einwilligung von den Parteien ausdrücklich zur Bedingung gemacht, d. h. wenn die Erwerbung oder der Verlust des Rechtes von dem Eintreffen oder Nichteintreffen der Thatsache, welche den Willen des Paciscenten bestimmte, abhängig gemacht wurde; denn in diesem Falle gelten die hier oben (S. 69) in Ansehung der Bedingungen entwickelten Grundsätze. Ob übrigens das Eine oder das Andere geschehen sei, müßte in jedem einzelnen Falle aus dem Inhalte der getroffenen Verabredung beurtheilt werden, denn es ist gerade nicht nothwendig, daß man sich der sonst bei der Festsetzung von Bedingungen üblichen Ausdrücke bediene, wenn nur unzweifelhaft (§. 863) erhellet, daß der Vertrag bloß unter der Voraussetzung des wirklichen Eintrittes oder Nichteintrittes der bestimmten Thatsache abgeschlossen wurde*).

3) Das Gesetz erwähnt des Auftrages oder der erklärten Absicht, die einem Vertrage beigefügt werden, nicht insbesondere; da aber die Wirkungen derselben, auch wenn sie bei einer letztwilligen Anordnung vorkommen, sich eigentlich in die einer Bedingung (§. 709) auflösen, so müßte dasselbe wohl auch in Ansehung der Verträge gelten. Hat also Jemand die Absicht, wozu er eine Leistung bestimmt (z. B. ein Geschenk von 1000 fl., das er einem Künstler zur Unternehmung einer Reise nach Italien machte), nicht zur Pflicht gemacht, so kann der annehmende Theil nicht angehalten werden, das Erlangte zu dieser Absicht zu verwenden (§. 711). Wurde aber Jemanden eine Sache unter einem bestimmten Auftrage zugewendet, so ist dieser als eine auflösende Bedingung anzusehen, so daß durch die Nichterfüllung des Auftrages das fragliche Recht verwirkt werden solle (§. 709). Wäre die Erfüllung des Auftrages unmöglich, so ist derselbe bei letzten Willenserklärungen (nach §§. 710 und 698) in der Regel als nicht beigesetzt anzusehen; bei Verträgen würde aber ein solcher Auftrag nach §. 898 die Ungiltigkeit des Uebereinkommens zur Folge haben.

§. 902.

3) Zeit, Ort und Art der Erfüllung;

Verträge müssen zu der Zeit, an dem Orte, und auf die Art vollzogen werden, wie es die Parteien verabredet haben. Nach dem Gesetze werden 24 Stunden für einen Tag,

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 111.

30 Tage für einen Monat und 365 Tage für Ein Jahr gehalten.

1) Die Erfüllung eines Vertrages muß genau nach dem übereinstimmend erklärten Willen der Parteien geschehen. Jeder Theil hat ein Recht, hierauf zu dringen. Demnach verfügt auch der §. 1413, daß gegen seinen Willen weder der Gläubiger gezwungen werden kann, etwas Anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner, etwas Anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist, und daß dieses auch von der Zeit, dem Orte und der Art, die Verbindlichkeit zu erfüllen, gelte. Das Gesetz gibt daher in diesem und den nächstfolgenden Paragraphen die erforderlichen Bestimmungen über die Zeit (§§. 902—904), den Ort (§. 905) und die Art der Erfüllung (§§. 906 und 907) eines Versprechens.

2) Die Zeit der Erfüllung kann mit der Existenz der Verbindlichkeit zusammenfallen, d. h. sie kann sogleich gefordert werden, und es wird sich bei der Erörterung des §. 904 (vgl. auch §. 1417) ergeben, daß dieses sogar als Regel angenommen werden muß. Es kann aber auch eine Trennung dieser beiden Momente Statt finden, so daß die Forderung bereits existirt, aber noch nicht geltend gemacht werden kann *). Dieser Aufschub der Erfüllung wird entweder durch die Natur der Sache (s. §. 905 a. Anf. u. §. 1418), oder durch den Willen der Parteien, oder in Ermanglung einer solchen Bestimmung durch die ergänzende Vorschrift des Gesetzes (z. B. §. 1418) herbeigeführt. In einem solchen Falle kann der Schuldner nicht gezwungen werden, früher zu leisten, als er zu leisten verbunden ist; es kann aber auch dem Gläubiger die Zahlung nicht früher aufgedrungen werden (§. 1413) **); wurde dagegen die Zahlung vor dem Eintritte der zur Erfüllung bestimmten Zeit geleistet und angenommen, so kann der Schuldner, wenn nur anders die Schuld eine richtige und unbedingte ist, das Bezahlte deßhalb allein, weil die Zahlungsfrist noch nicht abgelaufen ist, nicht zurückfordern (§. 1434). Ist andererseits der Zahlungstag eingetroffen, so ist der Schuldner zur Leistung verpflichtet, und es fällt ihm daher, wenn er die durch Gesetz oder Vertrag bestimmte Zahlungsfrist nicht einhält, eine Verzögerung zur Last, deren rechtliche Folgen in den §§. 1333 u. ff. näher festgesetzt werden. Ingleichen darf aber auch der Gläubiger nicht zögern, die Zahlung zur bestimmten Zeit anzunehmen, widrigenfalls die Folgen auf ihn fallen (§. 1419), und

---

*) Cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione. fr. 213 pr. Dig. de verb. sign. (50, 16.)

**) Nach römischem Rechte wird der Schuldner durch eine auf Privatdisposition oder Rechtsvorschrift beruhende Erfüllungszeit im Zweifel nur berechtigt, nicht verpflichtet. .... Dies adjectus efficit, ne praesente die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. fr. 41, §. 1. Dig. de verb. obl. (45, 1) u. a. m. — Vgl. Puchta, a. a. O. §. 241.

es steht in einem solchen Falle dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei Gericht zu hinterlegen, oder wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen, wodurch der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit und die Gefahr der Sache auf den Gläubiger gewälzt wird (§. 1425).

3) Die zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit eines Rechtes kann entweder für den Anfang oder für das Ende desselben, oder für beide zugleich gegeben, es kann also die Geltendmachung des Rechtes auf einen bestimmten Zeitpunct (in diem) hinausgeschoben, oder dessen Dauer auf einen bestimmten Zeitraum (ad diem) eingeschränkt, oder beides zugleich geschehen sein. Ist der Zeitpunct des Anfanges oder des Endes einer Berechtigung absolut bestimmt (z. B. auf den 13. März eines gewissen Jahres), so kann kein weiterer Zweifel obwalten; ist dagegen die Zeitbestimmung eine relative, auf gewisse Zeitabschnitte (Tage, Wochen u. s. w.) sich beziehende, so bedarf es eigener Grundsätze über die Berechnung solcher Zeiträume, die in dem Folgenden aufgesucht werden sollen.

4) Die Zeiteintheilung, deren wir uns im gemeinen Leben bedienen, beruht auf einem astronomischen Systeme, dessen Darstellung mit dem Namen Kalender bezeichnet wird. Die wichtigsten Abschnitte sind: das Jahr, der Monat, die Woche, der Tag und die Stunde. Wir beginnen mit dem Tage, als dem kleinsten Zeitabschnitte, dem eine bestimmte Himmelserscheinung zum Grunde liegt. Man verstehet darunter jenen Zeitraum, binnen welchem die Erde sich in der Richtung von Westen nach Osten um ihre Achse dreht. Diese Umdrehung findet nicht immer mit derselben Geschwindigkeit statt, daher der astronomische oder wahre Sonnentag bald länger bald kürzer ist; weil aber dieß den Geschäften des bürgerlichen Lebens nicht zuträglich wäre, so nimmt man an, daß jene Bewegung der Erde fortwährend gleichmäßig vor sich gehe, daß mithin die Tage durchgehends von gleicher Länge seien, und gewinnt auf diese Weise die sogenannte mittlere Sonnenzeit, wie sie durch eine gute Uhr bei ihrem gleichförmigen Gange angezeigt wird. Der Zeitpunct, mit welchem man hierbei zu rechnen anfängt, ist im Grunde gleichgiltig. Die Römer begannen, nach dem Beispiele der Aegypter, mit dem Zeitpuncte, da die Sonne scheinbar am tiefsten unter dem Horizonte steht, d. i. der Mitternacht, und rechnen daher den Tag von Mitternacht zu Mitternacht *), und diese Berechnung wurde auch bis auf unsere Zeiten beibehalten. Der Tag umfaßt auf diese Weise sowohl die Zeit vom Aufgange bis zum Untergange der Sonne, die man ebenfalls mit dem Ausdruck Tag (auch Lichttag) belegt, als die Zeit vom Sonnenuntergange bis zum Wiederaufgange derselben, welche Nacht heißt. In rechtlicher Beziehung wird der Ausdruck „Tag" der Regel nach in der ersten Bedeutung ge-

---

*) More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. fr. 8. Dig. de fer. (2, 12.)

nommen*); daher verfügt auch der §. 902: „nach dem Gesetze werden 24 Stunden für einen Tag gehalten". Dieß führt uns zugleich zur Erörterung eines zweiten Zeitabschnittes, der Stunde, welcher eigentlich ein ganz willkürlicher ist, und mit keiner Erscheinung am Himmel im Zusammenhange steht. Die alten Völker theilten nämlich den Lichttag in 12 Stunden, die sie vom Aufgange bis zum Untergange der Sonne zählten, so daß der Mittag auf den Anfang der siebenten Tagesstunde fiel; eben so wurde die Nacht in 12 Stunden getheilt, und diese wieder für sich gezählt. Die Folge davon war, daß die Länge der Tag- und Nachtstunden nach den Jahreszeiten und nach der Verschiedenheit des Ortes wechselte. Schon frühzeitig fing man aber, vorzüglich Behufs der astronomischen Berechnungen, an, den astronomischen Tag in 24 durchaus gleichförmige Stunden einzutheilen; aber erst mit der Erfindung der Räderuhren im 12. Jahrhunderte nach Christi Geburt ging diese Eintheilung in das bürgerliche Leben über, und die meisten christlichen Völker zählen nun in der Weise, daß sie die Reihe der Stunden von Mitternacht und Mittag an beginnen und immer von 1 bis 12 fortzählen**).

Die Woche, als ein weiterer Zeitabschnitt, dessen Länge unser G. B. zwar nicht festsetzt, dessen es aber doch in den §§. 72, 1113 und 1243 erwähnt, ist eine Reihe aufeinander folgender Tage, die auf keiner allgemeinen Grundlage beruht, daher bald 7, bald 8, bald 10 Tage umfaßt. Die Israeliten hatten im Zusammenhange mit der Schöpfungsgeschichte, eine siebentägige Woche angenommen, welche nach und nach über die ganze christliche Welt verbreitet wurde, und durch den an der Spitze derselben stehenden Sonntag eine religiöse Bedeutung erhielt. Ueberdieß hat sie auch eine Beziehung zu den Mondesvierteln, welche durchschnittlich $7^3/_8$ Tage betragen, die aber, weil man im gemeinen Leben nur nach ganzen Tagen zu rechnen pflegt, entweder auf 7 zusammengezogen, oder (z. B. bei den Römern) auf 8 erweitert wurden.

Nächst der Sonne mußte der Mond, mit seiner abwechselnden Lichtgestalt, wohl am meisten die Aufmerksamkeit der Menschen auf sich ziehen, und ihnen als Anhaltspunct für die Wiederkehr ihrer religiösen Feierlichkeiten dienen; so entstand der alte Mondes-Monat, d. i. die Zeit von einem Neumonde zum andern, welche nach neueren astronomischen Berechnungen 29 Tage, 12 Stunden, 44 Minuten 2·88 Secunden umfaßt. Zwölf solcher Monate, abwechselnd von 29 und 30 Tagen, als diejenige Zahl der Mondeswechsel, nach denen dieselben Jahreszeiten wiederkehren, bildeten sohin das Mondjahr, das 354 Tage, 8 St., 48′ und 34·56″ beträgt, und im frühesten Alterthume gebräuchlich war, später aber durch das Sonnenjahr verdrängt wurde. Dieses ist der Zeitraum, binnen welchem scheinbar die Sonne zu demselben Sterne, von dem sie ausgegangen ist, wieder zurückkehrt, eigentlich aber die Erde ihren Lauf um die Sonne

---

*) .... itaque (fährt die o. a. Stelle fort) quidquid in his viginti quatuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi qualibet hora lucis actum esset.

**) In Italien wird noch häufig die Zählung der Stunden vom Anbruche der Nacht an begonnen und von 1 bis 24 fortgezählt.

vollendet. Nach den neueren astronomischen Forschungen bleibt diese Zeit nicht völlig dieselbe; die Unterschiede sind aber äußerst geringfügig, und man kann daher im Allgemeinen die Dauer des Jahres auf 365 Tage, 5 St., 48 M., 48 S. annehmen. Der Anfangspunct der Berechnung des Jahres ist wie bei jener des Tages im Grunde gleichgiltig, wird aber jetzt beinahe allgemein auf den 1. Jänner verlegt. Der Umstand, daß die wahrhafte Dauer des Jahres erst durch spätere astronomische Forschungen ermittelt wurde, und daß man im bürgerlichen Tage nicht nach Bruchtheilen von Tagen, sondern nur nach ganzen Tagen rechnen kann, brachte mancherlei Verwicklungen hervor, welche bei den Römern zu Anfang des achten Jahrhunderts nach der Erbauung der Stadt so weit gekommen waren, daß die Jahreszeiten in ganz andere Monate fielen, als ursprünglich bestimmt war. Erst Julius Cäsar stellte mit Beihilfe des gelehrten Sosigenes und des Scriba Flavius die Ordnung wieder her, indem er zuvörderst im J. 708 n. Erb. d. St. 67 Tage einschaltete, um den 1. Januar auf den Neumond zurückzuführen, der zunächst auf den kürzesten Tag des Jahres folgt, dann aber das gemeine Jahr auf 365 Tage festsetzte, und davon den Monaten Jänner, März, Mai, Juli, August (damals noch Quintilis und Sextilis genannt), dann October und December 31, dem April, Juni, September und November aber 30 und dem Februar 28 Tage zuwies, endlich bestimmte, daß alle 4 Jahre zwischen dem 23. und 24. Februar ein Tag (der sogenannte Schalttag) eingeschaltet werden soll, um den Ueberschuß einzubringen, welcher der damaligen Meinung nach genau $^1/_4$ Tag betrug. So entstand der julianische Kalender, der nach und nach von allen christlichen Völkern angenommen wurde, und noch heutzutage bei mehreren derselben im Gebrauche ist. Wie aus dem Obigen erhellet, ist das julianische Jahr um 11 M., 12 S. zu lang, daher nach mehreren Jahrhunderten schon eine merkbare Verschiebung eintrat. Das Concilium zu Trient gab daher dem Papste Gregor XIII. den Auftrag, eine neuerliche Kalenderverbesserung vorzunehmen, welche er nach dem Plane des Alois Lilius, mit Beihilfe des Christoph Clavius, Peter Chacon und Ignaz Duranti zu Stande brachte und durch eine Bulle vom 24. Februar 1582 verkündigte. Sie besteht darin, daß alle vier Jahrhunderte drei Schalttage weggelassen werden sollen, vorerst aber, um die Ordnung herzustellen, mit Hinweglassung der früher zu viel gezählten 10 Tage, im Jahre 1582 auf den 4. October sogleich der 15. zu folgen hatte. Dieser verbesserte gregorianische Kalender wurde in Deutschland auf dem Reichstage zu Augsburg im J. 1583 vom Kaiser und den katholischen Ständen, im J. 1586 von Polen, im J. 1587 von Ungarn, von den evangelischen Ständen Deutschlands aber erst am 23. September 1699, und später von den übrigen Völkern, welche sich zur katholischen oder protestantischen Religion bekennen, angenommen, während die Bekenner der griechischen Kirche am julianischen Kalender festhalten, den man auch mit dem Namen des „alten Styles" zu bezeichnen pflegt.

5) Betrachten wir nun die Zeitrechnung in ihrer Anwendung auf Rechtsverhältnisse, so ergeben sich folgende Resultate: der Tag

wird, wie schon oben angedeutet wurde, durchaus zu 24 Stunden gerechnet, welche entweder von einem bestimmten Zeitpuncte an (z. B. im Falle des §. 924 von der Uebernahme eines Viehstückes oder bei der Miethe eines Fuhrwerkes von dem Zeitpuncte seines Eintreffens auf einem bestimmten Orte u. dgl.), oder nach der gewöhnlichen Weise von Mitternacht zu Mitternacht gezählt werden. Die Stunde selbst ist in unserem Gesetzbuch nirgends als Zeitabschnitt für irgend eine Berechtigung oder Verpflichtung festgesetzt, sondern nur (in den §§. 862, 924, 1075 u. 1116) eine Zahl von 24 Stunden, die einem Tage gleichkommt, sich aber von der Fristbestimmung nach Tagen dadurch zu unterscheiden scheint, daß die Frist von 24 Stunden mit dem Momente zu laufen beginnt, da ein gewisses Ereigniß (z. B. die Aufkündigung einer Miethe) eintrat*), während bei der Bestimmung einer Frist nach Tagen nicht nach der Stunde (dem Momente), sondern nur nach dem Tage des Eintrittes einer gewissen Thatsache gefragt, und der Tag gewissermaßen als etwas Untheilbares betrachtet wird**).

Die Woche muß, da das Gesetz nichts weiter darüber bestimmt, dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß (§. 6) als ein zusammenhängender Zeitraum von 7 Tagen angesehen werden.

Bei der Berechnung des Monats müßte, wenn das Gesetz keine besondere Bestimmung darüber enthielte, die sogenannte Kalenderberechnung Platz greifen, d. h. es müßte die Frist als an dem Tage abgelaufen betrachtet werden, welcher seiner Zahl nach dem Anfangstage entspricht, so daß z. B. eine am 12. März auf einen Monat abgeschlossene Miethe am 12. April abliefe***). Allein schon im römischen Rechte wurde der Monat, ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Länge der Kalendermonate als ein Zeitraum von 30 Tagen angenommen†), und diese Bestimmung ist in die vorstehenden Paragraphen unseres b. G. B. übergegangen.

Das Jahr wird als ein zusammenhängender Zeitraum von 365 Tagen angesehen††) und daher der Ueberschuß des Sonnenjahres über diesen Zeitraum nicht berücksichtigt. Er findet seine Erledigung im Schalttage. Dieß ist der auf den 23. Februar folgende Tag, der bei den Römern dies intercalaris genannt wurde und keine besondere Zahl erhielt, daher er auch bisextus heißt, weil der 24. Februar der sextus ante Kalendas

---

*) Man nennt dieß die Computatio a momento ad momentum, Naturalcomputation.

**) Dieß heißt die computatio ad dies, Civilcomputation.

***) Vgl. Art. 32 der Wechselordnung v. 25. Jänner 1850, Nr. 51 des R. G. Bl.

†) S. die zahlreichen Beweisstellen bei Puchta, a. a. O. §. 74 oder bei Savigny, System. Bd. 4, S. 337.

††) *Stichus, si heredi meo anno servierit, liber esto.* Quaerendum est, annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet, an quibus libet? Sed superius magis intelligendum, Pomponius scribit. fr. 4, §. 5. Dig. de statul. (40, 7.) — S. auch fr. 51, §. 2. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2.)

Martii war. Diese Einrichtung gilt auch bei uns noch, obwohl wir in einem Schaltjahre die Tage des Februar von 1 bis 29 fortzählen, also dem Schalttage eine besondere Zahl (24) geben, da die gregorianische Kalenderverbesserung sich lediglich auf die Hinweglassung gewisser Schalttage bezog und da das Mathias-Fest, das im gemeinen Jahre auf den 24. Februar fällt, im Schaltjahre auf unsern 25. Februar verlegt erscheint. Der Schalttag wurde nämlich von den Römern als mit dem folgenden Tage zusammenfallend betrachtet, so daß diese beiden Tage im juristischen Sinne nur für einen galten*), und diese Berechnungsweise müssen wir auch gegenwärtig noch anerkennen. Der Schalttag wird also nicht gezählt, sobald die Frist nach Jahren oder Monaten bestimmt ist; er muß aber allerdings gezählt werden, wenn sie in Wochen oder Tagen ausgedrückt ist, da die Woche, wie schon oben angegeben wurde, keine nähere Beziehung auf unser astronomisches System hat, sondern dabei nur auf den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag gedacht wird, und da bei der Bestimmung einer Frist nach Tagen unter diesen immer ein Zeitraum von je 24 Stunden verstanden werden muß**). Eine nothwendige Folge davon ist, daß wenn der Anfang eines in Jahren ausgedrückten Zeitraumes auf den 24. Februar eines Gemeinjahres, der Endpunct aber in ein Schaltjahr fällt, dieser Zeitraum mit dem 25. Februar des gedachten Schaltjahres abläuft; und daß umgekehrt, wenn der Anfangspunct in einem Schalttage (dem 24. Februar eines Schaltjahres) liegt, die Frist in einem Gemeinjahre mit dem 24. Februar, in einem Schaltjahre aber erst mit dem 25. Februar zu Ende geht***).

§. 903.

Ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange des Tages erworben. Zur Erfüllung einer Verbindlichkeit aber kommt dem Verpflichteten der ganze bestimmte Tag zu Statten.

1) Es ist schon oben (S. 77) bemerkt worden, daß man die kleineren Zeitabschnitte im gemeinen Leben nicht zu berücksichtigen pflegt, theils weil sich nicht Jedermann im Besitze von Werkzeugen zur sicheren Messung derselben befindet, theils weil der Drang des geschäftlichen Verkehres es

---

*) S. fr. 3, §. 3. Dig. de minor. (4, 4) und fr. 98, pr. Dig. de verb. sign. (50, 16.)

**) Vgl. Winiwarter, die Zeitrechnung in der Anwendung auf Rechtsverhältnisse (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1842, 7. II, S. 321.).

***) Savigny, System. Bd. 4, S. 472. — Winiwarter (a. a. O.) will diese Regeln nach österr. Rechte nur in so weit gelten lassen, daß der 29. Februar mit dem 28. als Ein Tag angesehen werde. Allein hierzu scheint uns kein genügender Grund vorhanden. Denn wie die, schon oben angedeutete Verlegung des Mathiasfestes in einem Schaltjahre von dem 24. auf den 25. Februar zeigt, wird auch bei uns nicht der 28. oder 29., sondern der 24. Februar als der Schalttag angesehen, woran der Umstand nichts ändern kann, daß er der Bequemlichkeit halber eine eigene Zahl erhält.

nicht gestattet, dieselben anzumerken; daß man sich daher gewöhnlich damit begnügt, den Tag, an welchem ein Geschäft vorgenommen wurde, oder ein Ereigniß vorgefallen ist, zu bemerken, selten aber auf die Tageszeit (die Stunde, oder einen noch kleineren Zeittheil) Rücksicht nimmt. Handelt es sich demnach um die Bestimmung des Anfangs- oder Endpunctes einer Zeitfrist, so erübrigt meistens nichts, als einen oder den andern auf die vorausgehende oder nachfolgende Mitternacht zu verlegen, da bei uns die Tage eben von Mitternacht zu Mitternacht gezählt werden.

2) Das Erstere geschieht, wenn es sich um die Erwerbung eines Rechtes handelt, das von dem Ablaufe eines bestimmten Zeitraumes abhängig ist, dessen Anfangspunct durch eine gewisse Handlung oder ein Naturereigniß bestimmt wird. Der Tag, an welchem diese Handlung unternommen wurde, oder dieses Ereigniß stattgefunden hat, wird als ein ganzer gerechnet (als ob der Anfangspunct in der vorausgegangenen Mitternacht gelegen wäre) und daher mitgezählt, die Frist wird aber erst mit dem Endpuncte des letzten Tages (mit der darauf folgenden Mitternacht) als abgelaufen angesehen. Ist z. B. Jemand am 1. Mai eines Jahres zu was immer für einer Stunde (und wäre es um 11 Uhr Nachts) geboren, so wird der 1. Mai für voll angerechnet; er legt also sein 24stes Lebensjahr mit dem 30. April des 24sten Jahres zurück. Dieser Tag muß aber vollends abgelaufen sein, und seine Großjährigkeit beginnt daher erst mit dem ersten Tage des 25. Jahres (d. i. nach Eintritt der Mitternacht, die den 30. April vom 1. Mai scheidet) *).

3) Ist dagegen die Erwerbung des Rechtes an einen gewissen Tag gebunden, wie bei einem Vermächtnisse in wiederkehrenden Fristen (§. 687), so wird dasselbe mit dem Anfange dieses Tages (d. i. der vorausgehenden Mitternacht) erworben.

4) Zur Erfüllung einer Verbindlichkeit steht dem Verpflichteten der ganze bestimmte Tag frei, man kann also erst mit dem darauffolgenden Tage sagen, daß er den Tag versäumt habe; deßhalb gebühren auch Verzugszinsen nach §. 1334 erst nach dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung.

5) Ingleichen dürfte, wenn der Verlust eines Rechtes durch Versäumniß von dem Ablaufe einer gewissen Zeitperiode (z. B. bei der Verjährung) abhängig ist, angenommen werden, daß dem Berechtigten der ganze letzte Tag zur Geltendmachung seines Rechtes zu statten kommt, d. h. daß es ihm freisteht, die betreffende Handlung auch im letzten Momente des gedachten Tages vorzunehmen, und daß daher erst mit dem Beginne des darauffolgenden Tages das Recht als erloschen angesehen werden kann.

---

*) Anders war es nach römischem Rechte, wo der Zeitraum nur erfüllt, nicht überschritten zu sein brauchte, und überdieß der letzte Tag, wenn er nur angefangen war, als vollendet betrachtet wurde (dies ultimus coeptus pro completo habebatur). S. Puchta, a. a. O., S. 114.

§. 904.

Ist keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden; so kann sie sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub, gefordert werden. Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten; so muß man entweder seinen Tod abwarten, und sich an die Erben halten; oder, wenn es um eine bloß persönliche, nicht vererbliche Pflicht zu thun ist, die Erfüllungszeit von dem Richter nach Billigkeit festsetzen lassen. Letzteres findet auch dann Statt, wenn der Verpflichtete die Erfüllung nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen hat. Uebrigens müssen die Vorschriften, welche oben (§§. 704—706) in Rücksicht der den letzten Anordnungen beigerückten Zeitbestimmung gegeben werden, auch hier angewendet werden.

1) Es wurde schon oben (S. 73) angedeutet, daß in der Regel die Erfüllung einer Verbindlichkeit sogleich mit der Entstehung derselben gefordert werden kann, und daß ein Aufschub dießfalls nur ausnahmsweise in Folge getroffenen Uebereinkommens oder kraft gesetzlicher Anordnungen Platz greifen könne*); doch ist hierunter nicht jener Zeitraum zu verstehen, welcher der Natur der Sache nach nothwendig ist, um die Leistung möglich zu machen**). Dieser muß dem Verpflichteten natürlicher Weise gegönnt werden; sollte sich aber über die Dauer desselben Streit entspinnen, so hätte der Richter mit Rücksicht auf die Natur des Geschäftes und den Zweck, der durch dasselbe erreicht werden soll, allenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen zu entscheiden.

2) Hat Jemand die Erfüllung eines gemachten Versprechens selbst, nicht bloß die Zeit derselben, seiner Willkür vorbehalten, so entsteht keine wahre Verbindlichkeit***). Ist aber bloß der Zeitpunct der Erfüllung seiner Willkür vorbehalten geblieben, so kömmt zu unterscheiden, ob es sich um eine höchst persönliche, nicht vererbliche Pflicht (z. B. um die Anfertigung eines Kunstwerkes durch einen bestimmten Künstler) oder um eine Verpflichtung handelt, welche auch von den Erben erfüllt werden

*) In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur. fr. 14. Dig. de reg. jur. (50, 17.)

**) Quoties . . . . in obligationibus dies non ponitur, praesente die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo ille possit pervenire. fr. 41, §. 1. Dig. de verb. obl. (45, 1.) — Vgl. auch fr. 137, §. 4. ibd.

***) Sub hac conditione: *si volam,* nulla fit obligatio. Pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis; nam nec heres promissoris ejus, qui nunquam dare voluit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam exstitit. fr. 8. Dig. de obl. et act. (44, 7.) — Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione. fr. 17. Dig. de verb. obl. (45, 1.)

kann (weil es dabei hauptsächlich auf eine Vermögensleistung ankömmt). In dem ersten Falle muß die Erfüllungszeit von dem Richter nach Billigkeit festgesetzt werden; im zweiten Falle bleibt aber nichts übrig, als den Tod des Promittenten abzuwarten, und sich dann an die Erben zu halten.

3) Hat der Verpflichtete die Erfüllung nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen, so hat ebenfalls die Bestimmung durch den Richter, mit Rücksicht auf die obwaltenden Verhältnisse und Umstände zu erfolgen.

Bestritten ist es, ob dieses auch dann Platz greife, wenn der Verpflichtete vor der Erfüllung der Verbindlichkeit gestorben ist, und die Klage nunmehr gegen seine Erben gerichtet wird. Dr. Kitka (in dem Aufsatze zur Erläuterung des §. 904 des a. b. G. B. in der allg. österr. Ger. Ztg. 1855. Nr. 11) behauptet, daß die Letzteren zur sogleichen Zahlung verhalten werden können, weil sonst der Berechtigte, der die Erfüllung des ihm gemachten Versprechens ganz der Willkür des Verpflichteten überlassen hat, besser daran wäre, als derjenige, dem der Verpflichtete die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen hat, da im ersten Falle die Bezahlung von den Erben des verstorbenen Paciscenten ohne Zweifel sogleich gefordert werden kann. Allein wir finden hierin mit Dr. F. Schuster (in dem Beitrage zur Erläuterung des §. 904 des a. b. G. B. in Haimerl's Mag. Bd. 12, S. 328) keine Inconsequenz; denn sobald Jemand dem Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nach Thunlichkeit überläßt, reflectirt er offenbar auf die Umstände und Verhältnisse des Schuldners, denen er eine billige Berücksichtigung widmet; stellt er aber die Zahlung der Willkür des Verpflichteten anheim, so macht er sie von dem subjectiven Ermessen desselben abhängig, welches, um die Wirkung des eingegangenen Vertrages nicht gänzlich zu zerstören, eine bestimmte Grenze finden muß, die bei nicht vererblichen Verpflichtungen in das Ermessen des Richters gelegt ist, bei vererblichen Verbindlichkeiten aber mit dem Tode des Schuldners zusammenfällt. Bei einem nach Möglichkeit zu erfüllenden Versprechen muß aber der Richter vielmehr an die Stelle des Berechtigten treten, damit er nicht etwas fordere, was den Umständen und Verhältnissen des Verpflichteten nicht angemessen ist. Ein solches Versprechen ist an und für sich ein unbestimmtes, von gewissen objectiven Momenten abhängiges, und geht, so wie es gemacht und angenommen wurde, auf die Erben des Promittenten über. Seine nähere Bestimmung kann es immer nur durch den Ausspruch des Richters finden.

4) Im Schlußsatze des vorstehenden Paragraphen wird auf die Bestimmung der §§. 704 — 706 in Rücksicht der den letzten Anordnungen beigerückten Zeitbestimmungen verwiesen. Allein diese Verweisung ist nicht ganz entsprechend; denn dort ist von einem Zeitpuncte die Rede, von dem die Entstehung eines Rechtes abhängig gemacht ist, hier handelt es sich aber um die Erfüllung eines schon bestehenden Rechtes; es sind also eigentlich nur die §§. 705 und 706 anwendbar. Ist nämlich der Zeitpunct von der Art, daß er kommen muß, so wird die Erfüllung bis zum gesetzten

Termine verschoben (§. 705), und wenn auch der Tod eines oder des andern Paciscenten vorher einträte, so berührt dieß die Giltigkeit des Vertrages in der Regel nicht, da die aus einem solchen entstehenden Rechte und Pflichten auch auf die Erben der vertragenden Theile übergehen (§. 918). Wäre es offenbar, daß die im Vertrage festgesetzte Zeit nie kommen kann, so wird die Bestimmung dieser Zeit wie die Beisetzung einer unmöglichen Bedingung angesehen (§. 705), welche nach §. 898 den Vertrag ungiltig macht; es wäre denn, daß sich die Parteien wahrscheinlich bloß in der Berechnung der Zeit geirrt haben, in welchem Falle der Zeitpunct der Erfüllung nach dem wahrscheinlichen Willen derselben bestimmt werden müßte (§. 706). Ist es aber ungewiß, ob der Zeitpunct, auf welchen die Erfüllung — nicht das Recht selbst — eingeschränkt wurde, kommen oder nicht kommen werde, so kann die beigefügte Zeitbestimmung nicht als eine Bedingung angesehen werden, wie der §. 704 festsetzt, weil dann die Existenz des Rechtes davon abhängig würde, was gegen die gemachte Voraussetzung verstößt, wie wenn z. B. Jemand verspricht, ein Darlehen zurückzuzahlen, sobald er eine gehoffte Anstellung erlangt. Wird diese Hoffnung vereitelt, so läßt sich nicht behaupten, daß die Rückzahlung des Darlehens gar nicht mehr gefordert werden könne, weil die Verpflichtung hierzu ohnehin schon feststeht; es bleibt also nichts übrig, als hier die Analogie aus der Anordnung des vorhergehenden Grundsatzes eintreten zu lassen, und die Erfüllungszeit dem Richter anheimzustellen *).

§. 905.

Wenn der Ort, wo der Vertrag erfüllet werden soll, weder aus der Verabredung, noch aus der Natur oder dem Zwecke des Geschäftes bestimmt werden kann; so werden unbewegliche Sachen an dem Orte, wo sie liegen; bewegliche aber an dem Orte, wo das Versprechen gemacht worden ist, übergeben. In Ansehung des Maßes, des Gewichtes und der Geld-Sorten ist auf den Ort der Uebergabe zu sehen.

1) Ist der Ort, wo der Vertrag erfüllt werden soll, bestimmt, so darf weder der Schuldner an einem andern Orte leisten, noch der Gläubiger die Erfüllung an einem andern Orte fordern (§. 1413) **). Würde die Leistung an diesem Orte unmöglich werden (z. B. in Folge eines eingetretenen Elementarereignisses), so wäre unseres Erachtens darauf zu sehen, ob die Ortsbestimmung zur Wesenheit des Vertrages gehört, oder nicht. Im ersten Falle (wie wenn z. B. die Ablieferung einer Waare im Auslande bedungen, und sohin die Ausfuhr dieser Waare untersagt wurde),

---

*) Nippel, Materialien. S. 129.

**) Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest. fr. 9. Dig. de eo, quod in certo loco (13, 4). — Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere . . . . fr. 1. ibd.

ist der Vertrag als nicht geschlossen anzusehen, weil hier eigentlich eine Unmöglichkeit der Leistung eintritt (§. 880). Im zweiten Falle müßte dagegen der Vertrag nach Möglichkeit erfüllt, also ein anderer, den Umständen entsprechender Ort der Leistung bestimmt werden (§. 882). Sind mehrere Orte verbunden angegeben, so ist die Leistung zu theilen*), sind sie alternativ bestimmt, so hat der Schuldner die Wahl (§. 906)**).

2) Ist der Ort der Leistung unbestimmt geblieben, so kann er doch öfters aus der Natur und dem Zwecke des Geschäftes ermittelt werden; so sind z. B. persönliche Dienste dort, wo der Berechtigte wohnt, Erntearbeiten auf dem betreffenden Grundstücke, Arbeiten bei einem vorzunehmenden Baue am Orte desselben u. dgl. zu leisten.

3) Läßt sich auch auf diese Weise keine Bestimmung treffen, so werden, nach der supplirenden Anordnung des Gesetzes, unbewegliche Sachen an dem Orte, wo sie liegen, übergeben. Diese Verfügung kann sich offenbar nur auf die Uebergabe durch Zeichen (z. B. durch Einhändigung der Auffandungsurkunde) beziehen, denn daß die physische Uebergabe an keinem andern Orte erfolgen könne, fließt schon aus der natürlichen Beschaffenheit der Sache (§. 293); und eben so wenig kann rücksichtlich der Uebergabe durch Eintragung in die öffentlichen Bücher (§. 431) eine Frage entstehen, da diese offenbar nur dort Platz greifen kann, wo sich das öffentliche Buch befindet.

4) Bei beweglichen Sachen ist der Ort, wo das Versprechen gemacht wurde, auch als der Ort der Uebergabe anzusehen. Der Schuldner ist also nur verpflichtet, den Gegenstand der Leistung bereit zu halten. Die Uebersendung an einen andern Ort erfolgt auf Gefahr und Kosten des Gläubigers. Hierin liegt kein Widerspruch mit der Anordnung des §. 429, denn dieser handelt von jener Ueberschickung, durch welche die Sache erst an den Uebergabsort gelangt. Diese geschieht freilich auf Gefahr und Kosten des überschickenden Schuldners.

5) Die Schlußverfügung des §. 905 gründet sich auf die Natur der Sache und den vermutheten Willen der Parteien, und es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Ort der Uebergabe durch ein besonderes Uebereinkommen festgesetzt, oder nach den vorausgehenden Anordnungen bestimmt wurde ***).

---

*) Si quis ita stipuletur: *Ephesi et Capuae*, hoc agit, ut Ephesi partem et Capuae partem petat. fr. 2. §. 4. l. c.

**) Nach römischem Rechte dauert dieses Wahlrecht des Schuldners nur bis zur Klage, wo dann das Wahlrecht auf den Gläubiger übergeht. S. fr. 2. §. 3. a. a. O.

***) In Uebereinstimmung mit der in Frage stehenden Vorschrift entschied der oberste Gerichtshof mit Urtheil v. 1. October 1852, Z. 9347 (allg. öst. Ger. Ztg. 1852, Nr. 22), daß ein im lomb.-venet. Königreiche, wo kein Zwangscours der Banknoten bestand, getroffenes Uebereinkommen, vermöge dessen die Zahlung in wirklichen Zwanzigkreuzerstücken, mit Ausschluß jeden Papiergeldes geschehen sollte, in diesem Puncte unwirksam sei, wenn der Ort, in dem die Leistung erfolgen soll, in einem Kronlande liegt, in welchem das Papiergeld einen Zwangscours hat, da die Zahlung einer Geldsumme nach den im Orte desselben bestehenden Gesetzen zu beurtheilen kömmt.

§. 906.

Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllet werden; so hat der Verpflichtete die Wahl; er kann aber von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen.

§. 907.

Wird ein Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen, und dieselbe durch zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt; so ist der Theil, dem die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht gebunden. Unterläuft aber ein Verschulden des Verpflichteten, so muß er dem Berechtigten für die Vereitlung der Wahl haften.

1) Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden, so wird die Verbindlichkeit eine alternative genannt*), und es muß das Unbestimmte, welches in derselben liegt, durch irgend einen Willen ergänzt werden, indem die eine oder die andere Art der Erfüllung gewählt wird. Hierbei handelt es sich zunächst um die zur Wahl berechtigte Person.

2) Ist hierüber im Vertrage nichts ausgemacht, so steht die Wahl dem Verpflichteten zu, weil überhaupt das Wesen der Verbindlichkeit in einer Thätigkeit des Schuldners besteht, dem es daher vorbehalten bleibt, denjenigen Theil derselben, der in dem Vertrage unbestimmt gelassen wurde, nach seinem Gutdünken zu ergänzen**). Hat er aber einmal die Wahl getroffen, so ist die Verbindlichkeit dadurch bestimmt worden, und es kann sohin von derselben nicht mehr einseitig abgegangen werden. Die Wahl kann übrigens nicht nur durch die wirkliche Leistung***), sondern auch durch die bloße Erklärung des Willens vorgenommen werden, da unser G. B. dießfalls nicht unterscheidet. Wäre aber die Leistung nur aus Irrthum erfolgt, weil der Schuldner nicht wußte, daß ihm das Wahlrecht zusteht, oder hätte er aus ähnlichem Irrthume Beides zugleich geleistet, so dürfte er nach der Analogie des §. 1431 im ersten Falle das Geleistete zurückfordern, um die andere Leistung an dessen Stelle zu setzen, und im zweiten Falle wählen, welcher von beiden Gegenständen ihm zurückzustellen sei†).

---

*) Savigny (Obligationenrecht, Bd. 1, S. 390) bemerkt, daß dieser Ausdruck ein unrömischer ist und daß die Römer überhaupt keinen abstracten Kunstausdruck für diesen Fall haben.

**) Si ita distrahatur: *illa aut illa res,* utram eliget venditor, haec erit emta. fr. 25 pr. Dig. de contr. emt. (18, 1.) — Si emtio ita facta fuerit: *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus,* in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. fr. 34. §. 6. ibd. — Vgl. auch fr. 10. §. 6 u. fr. 46. §. 1. Dig. de jure dot. (23, 3.); fr. 21. §. 6. Dig. de act. emt. (19, 1) u. a. m.

***) Wie nach römischem Rechte. Vgl. Savigny a. a. O.

†) So wurde ausdrücklich von Justinian in der const. 10. Cod. de cond. ind. (4, 5) nach der Ansicht Julians und Papinians entschieden.

3) Ist die Wahl dem Gläubiger eingeräumt worden, so muß wohl angenommen werden, daß er ebenfalls von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht mehr abgehen könne. Hat er aus Irrthum von seinem Wahlrechte keinen Gebrauch gemacht, so scheint er deßhalb nicht befugt, die empfangene Sache zurückzustellen und eine andere dafür zu wählen; er muß vielmehr diesen Irrthum als einen Zufall ansehen, der sich in seiner Person ereignet hat (§. 1311). Wurden ihm beide Gegenstände zugleich geleistet, so muß er ohne Zweifel (wie in dem unter Z. 2 aufgeführten Falle) Eine dieser Leistungen zurückstellen (§. 1431); doch dürfte hier ihm (und nicht dem Schuldner) die Auswahl zustehen.

4) Ist Eine von mehreren alternativ verbundenen Leistungen unmöglich geworden, so entfällt das Wahlrecht, mag es dem Schuldner oder dem Gläubiger zugestanden haben, und es ist die Verbindlichkeit auf die einzig noch mögliche Art zu erfüllen *).

5) War aber der Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl abgeschlossen, so ist diese als eine wesentliche Bedingung anzusehen, mit deren Hinwegfallen der wahlberechtigte Theil nicht mehr an den Vertrag gebunden erscheint. Allerdings steht es ihm aber bevor, unter Verzichtleistung auf das ihm gebührende Wahlrecht, den Vertrag aufrecht zu erhalten, und der Gegentheil kann sich der Leistung des letzten noch übrigen Wahlstückes nicht entschlagen. Außerdem ist aber darauf zu sehen, ob die Vereitlung der Wahl durch den zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke, oder durch das Verschulden eines oder des andern vertragschließenden Theiles erfolgte. Im ersten Falle hat der Berechtigte die Vereitlung seines Wahlrechtes als einen Zufall hinzunehmen, der sich in seinem Vermögen (an seinem Wahlrechte) ereignet hat (§. 1311). Unterläuft ein Verschulden des Verpflichteten, so haftet er schon nach allgemeinen Grundsätzen (§. 1295) für seine Handlungsweise, und muß daher dem Berechtigten den Schaden ersetzen, den dieser durch die Vereitlung der Wahl zu erleiden beweisen kann. Trägt endlich der Berechtigte selbst Schuld an der Vereitlung der Wahl, so kann er selbstverständlich von Niemandem Andern dafür eine Vergütung ansprechen.

6) Was hier von der Vereitlung der Wahl durch den Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke bemerkt wurde, müßte wohl auch dann gelten, wenn eines oder das andere dieser Wahlstücke dem Verkehre entzogen würde, oder verloren ginge, oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet worden wäre (§. 1048). Mindere Verschlimmerungen würden nach der Analogie des §. 1049 den Wahlberechtigten seiner Vertragsverbindlichkeit nicht entheben **).

---

*) Vgl. fr. 34, §. 3. Dig. de contr. emt. (18, 1). — fr. 10. §. 6. Dig. de jur. dot. (23, 3). — fr. 9. §. 2. Dig. de fundo dot. (23, 5). — fr. 5. §. 2. Dig. qui et a quib. (40, 9). — fr. 128. Dig. de verb. obl. (45, 1) u. a. m.

**) Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 126.

§. 908.

4) Angeld; **Was bei Abschließung eines Vertrages voraus gegeben wird, ist, außer dem Falle einer besonderen Verabredung, nur als ein Zeichen der Abschließung, oder als eine Sicherstellung für die Erfüllung des Vertrages zu betrachten, und heißt Angeld. Wird der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllet, so kann die schuldlose Partei das von ihr empfangene Angeld behalten, oder den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurück fordern. Will sie sich aber damit nicht begnügen, so kann sie auf die Erfüllung; oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, auf den Ersatz dringen.**

1) Unter Angeld (Darangabe, Handgeld, arrha, auch arrha confirmatoria) versteht man dasjenige, was bei Eingehung eines Vertrages als Zeichen der völligen Abschließung und als Sicherstellung für die Erfüllung desselben gegeben wird *). Es besteht meistentheils in einem Geldbetrage (daher der Name), kömmt am häufigsten bei Kauf-, Bestand- und Lohnverträgen vor und wird gemeiniglich von Demjenigen gegeben, der den Kaufschilling, Bestandzins oder Lohn zu entrichten hat. Es muß übergeben und nicht bloß versprochen worden sein, und begründet keineswegs das Befugniß zum Rücktritte vom Vertrage, wenn dieses nicht insbesondere bedungen worden ist (§. 910), daher es sowohl vom Reugelde (§. 909) als von der Conventionalstrafe (§. 1336) wohl unterschieden werden muß **).

2) Wird der Vertrag erfüllt, so kömmt das Angeld zurückzustellen, weil es den Empfänger nicht bereichern, sondern ihm nur zum Zeichen der wirklich erfolgten Abschließung des Vertrages dienen soll (§. 1435) ***), es müßte denn etwas Anderes bedungen worden sein, wie

*) Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio. fr. 35. pr. Dig. de contr. emt. (18, 1) . . . . quod arrhae nomine datur, argumentum est emtionis venditionis contractae. pr. Inst. de emt. (3, 23).

**) In diesem Sinne erfolgte auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 28. März 1855, Z. 1987 in einem (in der allg. österr. Ger. Ztg. 1855, Nr. 101 mitgetheilten) Rechtsfalle. Samuel St. hatte sich verpflichtet, dem J. M. 6000 Metzen Korn der Fechsung v. J. 1851 zu liefern, und zur Vollendung dieser Lieferung einen Termin bis Ende October 1851 bei Verlust der zuerst zu liefernden 500 Metzen festgesetzt. Als nun diese Lieferung gar nicht erfolgte, trat J. M. klagbar gegen St. auf mit dem Begehren, dieser sei schuldig, ihm als eine zu seinen Gunsten verfallene Darangabe die erwähnten 500 Metzen binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution abzuführen; wurde aber mit dieser Klage abgewiesen, weil der §. 908 ein gegebenes Angeld voraussetzt, und es nicht angeht, diese gesetzliche Norm auf ein erst zu gebendes Angeld auszudehnen, ein erst zu leistendes Angeld als ein verfallenes anzusehen.

***) Ego illud quaero: Si annulus datus sit arrhae nomine, et secuta emtione, pretioque numerato, et tradita re annulus non reddatur, qua actione

es manchmal z. B. bei der Verdingung des Gesindes zu geschehen pflegt. Hat derjenige, der das Angeld gegeben hat, aus dem Vertrage Etwas zu leisten (z. B. den Kaufschilling, den Bestandzins, den Lohn zu entrichten) und ist der Gegenstand dieser Leistung gleichartig (vgl. §. 1440) mit dem gegebenen (und daher zurückzustellenden) Angelde, so tritt eine (theilweise) Compensation ein (§. 1438); d. h. das bereits gegebene Angeld wird in die zu leistende Zahlung eingerechnet, und nur der Ueberschuß entrichtet.

3) Unterbleibt die Erfüllung des Vertrages, so kömmt zu unterscheiden, ob dieß in Folge eines neuerlichen Uebereinkommens, oder aus Zufall oder durch das Verschulden einer Partei geschieht. Im ersten Falle ist das Angeld ohne Zweifel zurückzustellen, weil jeder Grund, es zu behalten, aufgehört hat (§. 1435) *). Dasselbe scheint auch dann zu gelten, wenn ein Zufall die Erfüllung des Vertrages hindert, da der vorstehende Paragraph nur für den dritten Fall, wenn der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllt wird, eine abweichende Entscheidung trifft. Derselben zu Folge kann der andere (schuldlose) Theil entweder, wenn diese noch möglich ist, auf die Erfüllung des Vertrages dringen (s. oben Z. 2), oder wofern dieß nicht geschehen könnte, Ersatz begehren (§. 1295), muß aber sohin das Angeld zurückstellen, oder sich in die zu leistende Entschädigung einrechnen lassen. Er kann sich aber auch mit dem Angelde begnügen, also wenn er der Empfänger ist, dasselbe behalten, und wenn er es gegeben hat, den doppelten Betrag zurückfordern und zwar, ohne daß er genöthigt wäre, den Beweis eines wirklich erlittenen Schadens zu liefern, mithin auch, wenn er wirklich durch die unterbliebene Erfüllung des Vertrages nichts verloren, ja sogar noch gewonnen hätte (Hfkzld. v. 12. August 1825. Goutta'sche G. S. Bd. 26, S. 46).

4) Bei Aerarial-Verträgen, welche der Regel nach im Wege der öffentichen Versteigerung abgeschlossen zu werden pflegen, muß von Jedermann, der zu einer solchen Feilbietung zugelassen werden will, ein s. g. Vadium (die Erfüllungscaution) erlegt werden. Dasselbe ist in der Licitationsankündigung so wie in einem besonderen Paragraphen des Licitationsprotocolles in einer bestimmten Geldsumme auszusprechen, und auch in einem derlei Paragraphen des Contracts-Instrumentes, wenn ein solches besonders ausgefertiget wurde, mit dem Beisatze anzuführen, daß der Contrahent die festgesetzte Caution zu Handen der betreffenden Behörde erlegt habe. Die Erfüllungs-Caution kann in barem Gelde, in Staatspapieren nach dem börsenmäßigen Curse, in einer Realcaution, oder in einer Bürgschaft bestehen (Hfkrgs.-Vdgen. v. 29. August 1815, E. 4592, v. 6. April 1821. E. 1090 und v. 28. December 1826. E. 3176). Die

---

agendum est? utrum condicatur, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit? Et Julianus dicit: ex emto agi posse; certe etiam condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est annulus. fr. 11. §. 6. Dig. de act. emt. (19, 1).

*) Is, qui vinum emit, arrhae nomine certam summam dedit; postea convenerat, ut emtio irrita fieret; Julianus ex emto agi posse ait, ut arrha restituatur. fr. 11. §. 6. Dig. de act. emt. (19, 1).

oberwähnte Clausel wurde durch das Hfkzld. v. 20. April 1821, Nr. 1755 in folgender Weise festgesetzt:

„Jedermann, der zur Versteigerung zugelassen werden will, muß sogleich die festgesetzte Erfüllungs-Caution erlegen, welche aber demjenigen, der bei der Versteigerung nichts erstanden hat, gleich nach beendigter Licitation zurückgestellt werden wird. Uebrigens ist der Contract für den Bestbieter gleich vom Tage des von ihm gefertigten Licitations-Protocolls; für das Aerar aber von dem Tage der erfolgten Ratification verbindlich. Im Falle, als der Bestbieter den förmlichen Contract zu fertigen sich weigerte, vertritt das ratificirte Licitations-Protocoll die Stelle des schriftlichen Contractes, und das Aerar hat die Wahl, den Bestbieter entweder zur Erfüllung der ratificirten Cautionsbedingungen zu verhalten, oder den Contract auf dessen Gefahr und Unkosten neuerdings feilzubieten, und den erlegten Cautionsbetrag entweder im ersten Falle auf Abschlag der höheren Beköstigung, oder im zweiten Falle auf Abschlag der zu ersetzenden Differenz zurückzubehalten, im Falle aber, als der neueste Bestbot eines Ersatzes nicht bedürfte, als verfallen einzuziehen."

Diese Clausel wurde neuerdings in dem Hfkzld. v. 12. August 1825 (Goutta'sche G. S. Bd. 26, S. 46) als mit den Anordnungen des Gesetzes (§. 908 des a. b. G. B.) vollkommen übereinstimmend erklärt, und beigefügt, daß darauf weder die Bestimmungen des Wucherpatentes und des §. 1371 des a. b. G. B. über die beim Pfand- und Darlehensvertrage unzuläßige Verabredung wegen Einziehung des Pfandstückes nach der Verfallszeit der Forderung, noch die Vorschrift der §§. 912 u. 1336 des a. b. G. B. über Geldbeträge, die erst, wenn ein Theil den Vertrag schon gebrochen hat, als Strafe erlegt werden sollen, anwendbar seien *).

§. 909.

5) Reugeld; **Wird bei Schließung eines Vertrages ein Betrag bestimmt, welchen ein oder der andere Theil in dem Falle, daß er von dem Vertrage vor der Erfüllung zurück treten will, entrichten muß; so wird der Vertrag gegen Reugeld geschlossen. In diesem Falle muß entweder der Vertrag erfüllet; oder das Reugeld bezahlet werden. Wer den Vertrag auch nur zum Theile erfüllet, oder das, was von dem Anderen auch nur zum Theile zur Erfüllung geleistet worden ist, angenommen hat, kann selbst gegen Entrichtung des Reugeldes nicht mehr zurück treten.**

§. 910.

Wenn ein Angeld gegeben, und zugleich das Befugniß des Rücktrittes ohne Bestimmung eines besonderen Reugeldes

*) Vgl. auch Ellinger: Rechtfertigung der mit dem Hfd. v. 20. April 1821 für Aerarial-Contracte vorgeschriebenen Clausel (Jurist. Bd. 14, S. 58.)!

bedungen wird; so vertritt das Angeld die Stelle des Reugeldes. Im Falle des Rücktrittes verliert also der Geber das Angeld; oder der Empfänger stellt das Doppelte zurück.

§. 911.

Wer nicht durch bloßen Zufall, sondern durch sein Verschulden an der Erfüllung des Vertrages verhindert wird, muß ebenfalls das Reugeld entrichten.

1) Wesentlich verschieden vom Angelde ist das Reugeld (arrha poenitentialis). Ersteres dient zum Zeichen der völligen Abschließung eines Vertrages, soll also die Wirkung desselben verstärken; Letzteres begründet das Befugniß, willkürlich von dem Vertrage zurücktreten zu können. Ersteres muß bei dem Vertragsabschlusse voraus gegeben, letzteres braucht bloß versprochen zu werden; endlich kann das Angeld im Falle der Nichterfüllung nur von dem schuldlosen Theile in Anspruch genommen werden, während beim Reugelde das Befugniß des Rücktrittes demjenigen zusteht, der sich denselben vorbehalten hat.

2) Wird ein Vertrag mit dem in Frage stehenden Vorbehalte eingegangen, so ist eigentlich eine alternative Verbindlichkeit vorhanden und es kömmt daher auch die Verfügung des §. 906 darauf anzuwenden, vermöge welcher von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht mehr abgegangen werden darf. Diese Wahl steht aber immer nur demjenigen bevor, der sich dieselbe ausbedungen hat, nicht auch dem Gegentheile.

3) Wird die Erfüllung des Vertrages unmöglich, und zwar durch bloßen Zufall, so braucht das Reugeld nicht entrichtet zu werden, da kein freiwilliger Rücktritt (aus Reue) Statt findet. Dasselbe müßte streng genommen auch dann gelten, wenn der Paciscent, der sich den Rücktritt vorbehalten hat, durch sein Verschulden an der Erfüllung des Vertrages gehindert wird; das Gesetz legt ihm aber (§. 911) die Verbindlichkeit zur Leistung des Reugeldes auf, welches hier die Natur einer Entschädigung annimmt, wie ein Gleiches im §. 908 rücksichtlich des Angeldes verfügt wurde.

4) Die Leistung eines Angeldes steht eigentlich mit dem gemachten Vorbehalte des Rücktrittes von einem Vertrage im Widerspruche; sollten aber dennoch beide zusammentreffen, so nimmt das Gesetz an, daß, wenn kein besonderes Reugeld bedungen wurde, das Angeld eigentlich die Stelle desselben vertreten sollte *). Wurde nebst dem gegebenen Angelde auch noch ein Reugeld zugesichert, so nimmt Ersteres nicht die Natur des Reugeldes an, sondern ist nach den im §. 908 aufgestellten Grundsätzen zu behandeln (Protoc. Auszug v. 21. März 1822 in Pratobevera's Mat. Bd. 7, S. 386).

---

*) De lege commissoria interrogatus ita respondit [Scaevola]: Si per emtorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ex lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. fr. 6. pr. Dig. de leg. comm. (18, 3).

§. 912.

6) Nebengebühren; **Der Gläubiger ist von seinem Schuldner außer der Hauptschuld zuweilen auch Nebengebühren zu fordern berechtiget. Sie bestehen in dem Zuwachse und in den Früchten der Hauptsache; in den bestimmten oder in den Zögerungs-Zinsen; oder in dem Ersatze des verursachten Schadens; oder dessen, was dem Anderen daran liegt, daß die Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllet worden; endlich in dem Betrage, welchen ein Theil sich auf diesen Fall bedungen hat.**

§. 913.

In wie weit mit einem dinglichen Rechte das Recht auf den Zuwachs, oder auf die Früchte verbunden sei, ist in dem ersten und vierten Hauptstücke des zweiten Theiles bestimmt worden. Wegen eines bloß persönlichen Rechtes hat der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Nebengebühren. In wie weit dem Gläubiger ein Recht auf diese zukomme, ist theils aus den besonderen Arten und Bestimmungen der Verträge, theils aus dem Hauptstücke: von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung, zu entnehmen.

1) Unter Nebengebühren versteht man diejenigen Leistungen, welche nebst dem Hauptgegenstande der Forderung, ohne Unterschied, ob sie ausdrücklich bedungen wurden oder nicht, begehrt werden können. Als solche erscheinen a) der Zuwachs und die Früchte einer Sache (§§. 294 bis 297); b) die Zinsen, d. i. das Aequivalent, welches von dem Schuldner für die Benützung einer Quantität vertretbarer Sachen dem Gläubiger in gleichartigen Gegenständen entrichtet wird (§. 993); c) der Ersatz des verursachten Schadens, der sich entweder bloß auf den wirklich erlittenen Nachtheil, oder auch auf den Entgang des Gewinnes und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt (§. 1323), und bei einem Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schuldigen Capitals zugefügt hat, in der Gestalt von Zögerungszinsen (§. 1333) entrichtet wird, und der auch durch besondere Uebereinkunft in einem bestimmten Geld- oder anderem Betrage (dem Vergütungsbetrage, der Conventionalstrafe) schon in vornhinein festgesetzt sein kann (§. 1336).

2) In wiefern solche Nebengebühren auf Grundlage eines dinglichen Rechtes in Anspruch genommen werden können, ist bereits im ersten Theile des Sachenrechtes erörtert worden (vgl. insbesondere die §§. 329, 330, 335 u. 338 beim Besitze; §§. 405 u. ff. rücksichtlich des Eigenthums; §. 457 beim Pfandrechte; §§. 686 und 824 in der Lehre vom Erbrechte). — Die Bestimmungen über den Zinsenvertrag sind in den

§§. 993—1000 enthalten. Wegen eines persönlichen Rechtes können derlei Nebengebühren von dem Berechtigten nur dann gefordert werden, wenn sie entweder insbesondere bedungen worden (wie z. B. bei einem verzinslichen Darlehen), oder wenn sie das Gesetz ausnahmsweise bei einzelnen Arten von Verträgen zuerkennt (z. B. §§. 1050, 1064), oder endlich wenn sie einen erlittenen Schaden zu vergüten bestimmt sind (vgl. §§. 1047, 1060, 1333 und überhaupt das 30. Hauptstück des II. Theilen unseres b. G. B.).

§. 914.

Die im ersten Theile (§. 6) in Hinsicht auf die Auslegung der Gesetze angeführten allgemeinen Regeln gelten auch für Verträge. Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keinen Widerspruch enthalte, und von Wirkung sei. Auslegungsregeln bei Verträgen.

§. 915.

Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erkläret, der sich derselben bedienet hat (§. 869).

1) Der Vertrag ist die Einigung des Willens zweier oder mehrerer Personen zur Begründung oder Auflösung eines rechtlichen Verhältnisses; der Wille aber, als eine innere Thatsache, muß in die sichtbare Welt als Erscheinung eintreten, erklärt werden. Diese Erklärung nun ist wie jede Willenserklärung (z. B. die des Gesetzgebers nach §. 6, die des Erblassers nach §. 655), einer Auslegung d. i. der Erforschung ihres wahren Sinnes fähig, und dafür sind nun in den vorstehenden Paragraphen einige Grundsätze (Auslegungsregeln) aufgestellt.

2) Es wurde schon Bd. 1, S. 91 d. W. bemerkt, daß bei jeder Auslegung ein grammatisches und ein logisches Element unterschieden werden müsse. In Beziehung auf das Erstere sind auch die von den Vertrag schließenden Theilen gebrauchten Worte der Regel nach in ihrer gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen, weil sie diese vor Augen gehabt haben mußten, wenn sie von dem Gegentheile verstanden werden wollten*). Immerhin ist aber hierbei auch auf den besondern Sprachgebrauch des Ortes zu sehen, wo die Aeußerung vorgenommen wurde (§. 906)**),

---

*) . . . . non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. fr. 7. §. 2. Dig. de suppell. leg. (33, 10).

*) Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est. At si non adpareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. fr. 34. Dig. de reg. jur. (50, 17).

wenn eine Befolgung desselben durch den Sprechenden wahrscheinlich ist (was z. B. bei Fremden nicht immer der Fall sein wird)*). Im Zweifel kann auch der besondere, gewissen Classen von Personen (z. B. den Handelsleuten) eigenthümliche Sprachgebrauch, oder die individuelle Redeweise einer bestimmten Person (§. 655) berücksichtigt werden müssen**). Außerdem sind die Worte stets auch in ihrem Zusammenhange aufzufassen, und dabei auch auf die der wirklichen Abschließung des Vertrages vorausgegangenen Unterhandlungen (§. 861) oder eine etwa vorhandene Punctation (§. 885) Rücksicht zu nehmen.

3) In allen Fällen darf aber auch das logische Element der Auslegung nicht außer Acht gelassen, der todte Buchstabe nicht über den Geist, über die klare Absicht der Paciscenten (§. 6) gesetzt werden***). Hieraus fließt auch die besondere, im Schlußsatze des §. 914 enthaltene Auslegungsregel, daß eine zweifelhafte Willenserklärung in dem Sinne zu nehmen sei, bei welchem das Geschäft ohne Widerspruch bestehen kann†), weil von einem verständigen Manne stets anzunehmen ist, daß er bei jeder seiner Handlungen einen bestimmten Zweck vor Augen halte.

4) Es ist schon oben (S. 2) erwähnt worden, daß ohne einen besondern Verpflichtungsgrund Niemanden eine Herrschaft über eine fremde Person zusteht. Hieraus leiteten die römischen Rechtslehrer den Grundsatz ab, daß in zweifelhaften Fällen die Begründung einer Obligation nicht begünstigt werden könne, vielmehr im Interesse der natürlichen Freiheit gegen dieselbe zu entscheiden sei††), woraus dann der weitere Grundsatz folgt, daß im Zweifel das Geringere, das weniger Belästigende†††) anzunehmen, also gegen den Gläubiger zum Vortheil des Verpflichteten zu interpretiren sei †*). Diese Auslegungsregel hat unser G. B. in Beziehung auf

---

*) Puchta, a. a. O. §. 66.

**) So heißt es im fr. 18. §. 3. Dig. de instr. (33, 7) freilich mit Bezug auf testamentarische Verfügungen: Optimum .... esse, Pedius ait, non propriam verborum significationem scrutari, sed imprimis quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesumtione sint, qui in quaque regione commorantur. — Vgl. fr. 69. §. 1. Dig. de leg. III. (32) und fr. 7. §. 2. Dig. de suppell. leg. (33, 10).

***) In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. fr. 219. Dig. de verb. sign. (50, 16).

†) Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. fr. 80. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei gerendae aptior est. fr. 67. Dig. de reg. jur. (50, 17).

††) .... Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum. fr. 47. Dig. de obl. et act. (44, 7).

†††) Semper in obscuris quod minimum est sequimur. fr. 9. Dig. de reg. jur. (50, 17). — Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est. At si non adpareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est. fr. 34. ibd. — Semper in dubiis benigniora præferenda sunt. fr. 56. ibd.

†*) In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. fr. 38. §. 18. Dig. de verb. obl. (45,1).

die einseitig verbindlichen (unentgeltlichen) Verträge beibehalten, weil diese in der Regel auf einem Acte der Freigebigkeit beruhen, und nicht zu vermuthen ist, daß Jemand sich habe eines Vortheils entäußern, eine Last auferlegen wollen. Es kann daher nur dasjenige gefordert werden, wozu sich der versprechende Theil unzweifelhaft verbindlich machen wollte.

5) Für die Auslegung zweiseitig verbindlicher (entgeltlicher) Verträge wurde eine andere Regel aufgestellt, welche sich ebenfalls in den römischen Rechtsquellen wiederholt ausgesprochen findet, daß bei einer zweideutigen Fassung die Auslegung zum Nachtheile des Urhebers derselben erfolgen soll, weil es bei ihm stand, sich deutlicherer Ausdrücke zu bedienen; und es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Urheber in unredlicher Absicht (vgl. §. 869) oder aus Nachlässigkeit sich zweideutiger Ausdrücke bediente*).

§. 916.

Wird ein Geschäft von gewisser Art nur zum Scheine verabredet, so ist es nach denjenigen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, nach denen es vermöge seiner wahren Beschaffenheit beurtheilet werden muß.

1) Eine Nichtübereinstimmung des Willens mit der Aeußerung desselben kann nicht nur im Falle des Irrthums (s. o. S. 25) eintreten, sondern auch dann vorhanden sein, wenn absichtlich und mit wechselseitigem Einverständnisse der Parteien eine dem wahren Willen nicht entsprechende Erklärung abgegeben, eine Scheinhandlung (simulatio) unternommen wird, was meistens zur Umgehung des Gesetzes (z. B. des Wuchergesetzes) oder um dritten Personen einen Schaden zuzufügen (z. B. um den Gläubigern eines Verschuldeten den Bedeckungsfond zu entziehen) geschieht.

2) Man kann zweierlei Scheingeschäfte unterscheiden**); es kann nämlich scheinbar ein Vertrag abgeschlossen werden, ohne daß in der That irgend eine, auf die Abschließung eines bestimmten Geschäftes hingerichtete Willenseinigung vorhanden wäre, wie wenn z. B. ein Schuldner, der den Ausbruch des Concurses befürchtet, um einen Theil seines Vermögens bei Seite zu schaffen, im Einverständnisse mit seiner Gattin einen Schenkungsvertrag fingirt; — oder es kann der scheinbar abgeschlossene Vertrag nur

---

*) Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est. Ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. fr. 99. pr. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Veteribus placuit pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius scribere. fr. 39. Dig. de pact. (2, 4). — Labeo scripsit: obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emtori, quia potuit re integra apertius dicere. fr. 21. Dig. de contr. emt. (18. 1). — Vgl. auch fr. 33 ibd.

**) Dr. M. Moltini: Andeutungen über die im §. 916 des a. b. G. B. erwähnten Scheinverträge (Jurist. Bd. 16, S. 204).

zur Bemäntlung eines andern, wirklich abgeschlossenen Rechtsgeschäftes dienen, wie wenn zur Verdeckung eines wucherischen Pfandvertrages ein Kaufgeschäft mit dem Vorbehalte des Rückkaufes simulirt wird.

Im ersten Falle*), den der §. 916 seiner Textirung zu Folge eigentlich nicht vor Augen hat, kömmt gar kein Rechtsgeschäft zu Stande, weil hierzu jedenfalls eine wahre Einwilligung erfordert wird (§§. 861 u. 869), die eben vorausgesetztermaßen nicht vorhanden ist; es kann also kein Theil auf die Erfüllung des nur scheinbar abgeschlossenen Vertrages dringen**). Allerdings kann aber für den, durch eine solche Verabredung allenfalls beschädigten Dritten ein Ersatzanspruch***) daraus entspringen, der aber nach allgemeinen Grundsätzen (XXX H. St. des b. G. B. II. Thls.) zu beurtheilen kömmt.

3) Soll der Scheinvertrag nur zur Bemäntlung eines andern, von den Parteien wirklich intendirten Geschäftes dienen, so wird nicht das simulirte, sondern eben dieses anderweitige Geschäft als der wahre Inhalt des Vertrages angesehen, und nach den dafür geltenden Bestimmungen beurtheilt†). Ist also das wirklich von den Parteien beabsichtigte Geschäft ganz (vgl. die Fälle des §. 879) oder zum Theile (z. B. ein wucherisches Darlehen) ungiltig, so hat auch das Scheingeschäft entweder gar keinen††) oder nur einen theilweisen Erfolg†††); ist aber das itendirte Geschäft an sich giltig, so kömmt es ungeachtet der stattgefundenen Bemäntlung auch zur vollen Wirksamkeit†*).

---

*) Moltini nennt solche Verträge uneigentliche Scheingeschäfte, übertünchte Verträge.

**) Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur. fr. 55. Dig. de contr. emt. (18, 1). — Contractus imaginarii etiam in emtionibus juris vinculum non obtinent, quum fides facti simulatur non intercedente veritate. fr. 54. Dig. de obl. et act. (44, 7). — Quum ea, quae transactionis causa dari aut retineri convenit, velut emtorem eum, quem accipere placuerat, obtinere praescribitur, his, quae simulatae geruntur, pro infectis habitis, frustra ficti pretii postulatur numeratio. const. 41. Cod. de trans. (2, 4).

***) Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, quum minoris vel etiam tantidem alii venderet, utrique emtori in solidum erit obligatus. fr. 14. pr. Dig. de in diem add. (18, 2).

†) Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere. fr. 36. Dig. de contr. emt. (18, 1). — In contractibus rei veritas potius, quam scriptura valet. — Acta simulata, velut non ipse, sed ejus uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt. const. 1 u. 2. Cod. plus valere etc. (4, 22) — S. auch const. 5 u. 6. Cod. si quis alt. (4, 50).

††) Inter . . . . virum et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. fr. 38. Dig. de contr. emt. (18, 1); dann fr. 5. §. 5. u. fr. 7. §. 6. Dig. de don. int. vir. (24,1) und const. 20. Cod. eod. (5, 16).

†††) So würde bei einem, zur Bemäntlung eines wucherischen Zinsvertrages eingegangenen Kaufvertrage, das demselben zum Grunde liegende Darlehen nur in so weit gelten, als das gesetzlich erlaubte Zinsenmaß nicht überschritten erscheint. Vgl. auch §. 996.

†*) Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emtio in sua deficit substantia. Sane si in possessionem rei sub specie venditionis

4) Die Abschließung eines Scheingeschäftes kann, allgemein processualischen Grundsätzen zu Folge, nicht vermuthet, sie muß vielmehr von demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden*). Der §. 887 kann hierbei keine Anwendung finden, da er einen wesentlich verschiedenen Fall voraussetzt. Würde also das eigentliche Geschäft auch nur mündlich verabredet, der Scheinvertrag dagegen schriftlich ausgefertiget worden sein, so würde nichtsdestoweniger das mündliche Uebereinkommen gelten**).

5) Dritten Personen, denen die Simulation nicht bekannt war, kann dieselbe nicht zum Abbruche gereichen; hätte also Jemand, dem eine Sache nur zum Schein verkauft worden war, dieselbe weiter veräußert oder verpfändet, so würde das von einem Dritten erworbene Eigenthums- oder Pfandrecht (§§. 367 u. 456) dennoch in Kraft bleiben, wenn auch dargethan würde, daß jener Kauf eine bloße Scheinhandlung gewesen.

§. 917.

Wie die aus den Verträgen entstehenden Verbindlichkeiten aufhören, wird bei jedem Vertrage besonders, und in dem Hauptstücke: von Aufhebung der Verbindlichkeiten überhaupt, bestimmet werden. Von Erlöschung der Verträge.

1) Die Gründe, aus denen Rechte und Verbindlichkeiten aufgehoben werden (erlöschen), sind entweder allen gemeinschaftlich, — und von diesen ist in dem letzten Theile unseres b. G. B. die Rede — oder sie beziehen sich nur auf gewisse Arten der Verträge, und diese werden bei jedem Vertrage insbesondere behandelt.

2) Sie bewirken ferner entweder die Aufhebung der Verbindlichkeit unmittelbar durch ihren Eintritt (ipso jure) z. B. der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache (§. 1447), oder sie begründen nur eine Einwendung für den Schuldner, durch die er (ope exceptionis) die Forderung zurückweisen kann (z. B. die Verjährung nach §. 1501), so daß mit dem Hinwegfallen dieser Einwendung die Forderung wieder wirksam wird***).

§. 918.

Alle aus Verträgen entstehende Rechte und Pflichten gehen auf die Erben der vertragenden Theile über; wenn sie anders nicht bloß auf persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen; oder wenn die Erben nicht schon im Vertrage

---

causa donationis, ut te aleret induxisti, sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit. const. 3. Cod. de contr. emt. (4, 38).

*) Moltini, a. a. O., S. 217.

**) Vgl. Moltini, a. a. O., S. 213.

***) Puchta, a. a. O. §. 286, S. 424.

selbst, oder durch das Gesetz ausgenommen worden sind. Ein noch nicht angenommenes Versprechen geht, wenn auch nur Ein Theil während der Ueberlegungsfrist stirbt, auf die Erben nicht über (§. 862).

1) Die Verträge werden meistens mit Rücksicht auf das Vermögen abgeschlossen, es ist also begreiflich, daß die daraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht mit dem Tode der Paciscenten erlöschen, sondern jene als Activen, diese als Passiven des Nachlasses auf die Erben derselben übergehen (§. 547)*).

2) Eine Ausnahme hiervon findet statt: a) wenn bei der Abschließung des Vertrages auf die besondern Fähigkeiten oder Verhältnisse der Parteien Rücksicht genommen wurde, wie z. B. bei der Bevollmächtigung (§. 1022), dem Lohnvertrage (§§. 1162 und 1163), der Gesellschaft (1206) u. dgl.; b) wenn die Erben schon in dem Vertrage selbst ausdrücklich ausgenommen wurden (z. B. §. 1284); c) wenn das Gesetz, meist aus Rücksichten des Verkehres eine gewisse Verbindlichkeit nur auf die Lebensdauer einer bestimmten Person einschränkt (z. B. den Vorbehalt des Wiederkaufs nach §. 1070, das Rückverkaufsrecht nach §. 1071, das Vorkaufsrecht nach §. 1074 u. s. w.); d) endlich wenn es sich um ein noch nicht angenommenes Versprechen handelt (§. 862), das in seinen Wirkungen überhaupt sehr eingeschränkt ist (s. oben S. 8, d. W.).

§. 919.

Wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht; oder nicht zu der gehörigen Zeit; an dem gehörigen Orte; oder auf die bedungene Weise erfüllet; so ist der andere Theil, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, oder einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtiget, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern.

1) Das französische Gesetzbuch hat im Artikel 2184 die Bestimmung getroffen, „daß es in doppelseitigen Verträgen für den Fall, da einer von beiden Theilen seinem Versprechen kein Genüge leistet, allemal stillschweigende Bedingung sei, daß der Vertrag aufgelöst sein solle"; unser G. B. ist jedoch von der entgegengesetzten, auch im römischen Rechte befolgten Ansicht ausgegangen und hat dem verletzten Theile nur das Recht vorbehalten, auf die genaue Erfüllung des Vertrages, und auf Ersatz des ihm durch die Vertragsbrüchigkeit des anderen Paciscenten zugehenden Schadens (§. 1295) zu bringen.

2) Eine Ausnahme hiervon findet Statt, wenn die Parteien ausdrücklich die s. g. irritatorische Clausel beigefügt, d. i. bedungen haben, daß im Falle der Nichterfüllung des Vertrages von der einen Seite

---

*) Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est. fr. 19. §. 8. Dig. loc. cond. (19, 2) u. a. m.

der andere Compaciscent von demselben abgehen könne; dieß kann auch stillschweigend, oder in Form einer auflösenden Bedingung festgesetzt werden, wie wenn z. B. ein auf die Messe reisender Kaufmann Waaren dahin bestellt, um sie dort zu verkaufen, und selbe erst nach der Messe eintreffen*).

3) Auch das Gesetz hat ausnahmsweise dem gekränkten Theile eine solche Befugniß des Rücktrittes eingeräumt, wie in den Fällen der §§. 978, 1117, 1118, 1153, 1154, 1166 und 1210, worüber das Nähere bei Erläuterung dieser Paragraphen vorkommen wird.

4) Wie das Recht, im Falle der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages von demselben abzugehen, geltend zu machen sei, hängt von den Umständen ab. Hat der Zurücktretende auf Grundlage dieses Vertrages noch nichts geleistet, so kann er abwarten, bis der andere Theil ihn um die Erfüllung von seiner Seite angeht, und diesem Begehren sohin die entsprechende Einwendung (exceptio non adimpleti contractus) entgegensetzen. Hätte er aber seinerseits den Vertrag schon ganz oder zum Theile erfüllt, so müßte er auf Rückerstattung des Geleisteten klagen.

§. 920.

Nach gänzlicher Erfüllung des Vertrages können die Parteien auch mit beiderseitiger Einwilligung nicht mehr davon abgehen; sondern sie müssen einen neuen Vertrag schließen, der als ein zweites Geschäft angesehen wird.

1) Ist ein Vertrag abgeschlossen, aber noch nicht erfüllt worden, — was freilich bei den sogenannten Real-Verträgen (s. oben S. 16 d. W.) nicht möglich ist, — so kann er durch eine entgegengesetzte Willens-Einigung der Parteien (mutuo dissensu) dergestalt wieder aufgehoben werden, als ob er niemals bestanden hätte**).

2) Ist jedoch der Vertrag bereits erfüllt, also z. B. die verkaufte Sache dem Käufer übergeben worden, so müßte, um den vorigen Zustand wieder herzustellen, ein neuer Vertrag abgeschlossen werden***).

Diese Unterscheidung ist allerdings von praktischer Bedeutung, da sich in der Zwischenzeit z. B. die Besitzfähigkeit des Paciscenten geändert haben könnte (vergl. die k. Vdg. v. 12. October 1853, Nr. 190 des R. G. Bl.

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 117.

**) Nec amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emtum Sejus haberet centum nummorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto, neque fundo traditio, placuerit inter eos, ut discederetur ab emtione et venditione, invicem liberantur. — Idem est in conductione et locatione, et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt. §. ult. Inst. quib. mod obl. (3, 29).

***) Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest; et enim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur; at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit. const. 1. Cod. quando lic. (4, 45).

Bd. 1, S. 106 d. W.), und da Rechte, welche dritten Personen aus Anlaß eines gewissen Uebertragungsactes zustehen (z. B. §§. 1072, 1141 und 1142), bei der Rückerwerbung neuerdings ausgeübt werden können*).

§. 921.

Allgemeine Bestimmungen entgeltlicher Verträge und Geschäfte.

Bei einem entgeltlichen Vertrage werden entweder Sachen mit Sachen; oder Handlungen, worunter auch die Unterlassungen gehören, mit Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen, und Handlungen mit Sachen vergolten (§. 864).

Der Begriff der entgeltlichen (zweiseitig verbindlichen) Verträge ist bereits oben S. 13 d. W. erörtert worden. Die denselben eigenthümlichen Bestimmungen betreffen die Gewährleistung (§§. 922—933) und das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte (§§. 934 u. 935.)

§. 922.

Gewährleistung.

Wenn jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem Anderen überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes, oder der getroffenen Verabredung gemäß benutzt und verwendet werden könne.

§. 923.

Fälle der Gewährleistung.

Wer also der Sache Eigenschaften beilegt, die sie nicht hat, und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind; wer ungewöhnliche Mängel oder Lasten derselben verschweigt; wer eine nicht mehr vorhandene, oder eine fremde Sache als die seinige veräußert; wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich; oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frei sei; der hat, wenn das Widerspiel hervor kommt, dafür zu haften.

1) Das a. b. G. B. hat unter dem Begriffe der Gewährleistung zwei, allerdings nahe mit einander verwandte Rechtsinstitute zusammengefaßt, welche im römischen Rechte mit den Namen der evictio und der actiones aediliciae (actio redhibitoria und quanto minoris) unterschieden wurden, so daß man im Allgemeinen darunter die Haftung des Ueberträgers einer Sache für die Brauchbarkeit derselben, sowie für den Fall der von einem

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4, S. 82.

Dritten darauf geltend gemachten Ansprüche verstehen muß*). Diese Verpflichtung des Ueberträgers (auctor) entspringt bei entgeltlichen Geschäften unmittelbar aus der Anordnung des Gesetzes, ohne daß es hierzu eines besondern Uebereinkommens bedarf, weil nach der Natur dieser Geschäfte die Leistung nur mit Rücksicht auf eine bestimmte Gegenleistung erfolgt, und daher, wenn diese den gehegten Erwartungen nicht entspricht, auch in Beziehung auf jene eine Modification eintreten muß.

2) Die Pflicht zur Gewährleistung setzt ein entgeltliches Geschäft voraus**); sie findet daher weder bei Schenkungen noch bei Vermächtnissen statt***); und sowohl die Verfügung des §. 945 als jene des §. 656 ist von dem Falle der Gewährleistung wohl zu unterscheiden. Auch die Bestellung eines Heirathsgutes oder einer Ausstattung (§§. 1220, 1221 u. 1231), dann die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (§. 841) und die Gebung an Zahlungstatt (§. 1414), welche häufig zu den entgeltlichen Geschäften gezählt werden, können wir nicht hierher rechnen, weil ihnen das wesentliche Merkmal der Gegenleistung mangelt†).

3) Ferner muß das Geschäft, aus welchem die Gewährleistung entspringen soll, die Ueberlassung einer Sache zum Gegenstande haben, worunter nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Rechte zu verstehen sind, wie z. B. das Jagdrecht u. dgl., wiewohl in Ansehung der entgeltlichen Uebertragung von Forderungen besondere Grundsätze in den §§. 1397—1399 festgestellt sind; denn auch diese beruhen im Allgemeinen auf den Principien der Gewährleistung und letztere erleiden in gleicher Weise auch noch bei anderweitigen Rechtsgeschäften eigenthümliche Modificationen (wie beim Lohnvertrage §§. 1153, 1155 u. 1157; bei Glücksverträgen §§. 1276, 1277 und 1283 u. dgl.); auch muß es sich nicht gerade um die Uebertragung des Eigenthums, sondern es kann sich auch um die Einräumung eines andern dinglichen Rechtes (z. B. der Fruchtnießung)††) handeln. Jedenfalls muß aber das Geschäft selbst ein giltiges sein†††); denn ist dieß z. B. wegen eines unterlaufenen Irrthums (§. 871) nicht der Fall, so kommen andere Rechtsmittel zur Anwendung, um die Nichtigerklärung des abgeschlossenen Vertrages zu erwirken.

---

*) Dr. A. Th. Michel, Darstellung der Gewährleistung nach dem österreichischen Privatrechte, Prag 1849. — Vgl. auch K. Ritter v. Rauscher, Darstellung der Lehre von der Gewährleistung nach dem a. b. G. B. Wien 1833.

**) Ad res donatas edictum Aedilium curulium non pertinere dicendum est. Etenim quid se restituturum donator repromittat, quando nullum pretium intervenit? fr. 62. Dig. de Aedil. ed. (21, 9). — Vergl. jedoch die Erläut. des §. 945.

***) Vgl. Dr. Helfert: über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1825. I. S. 111).

†) Michel, a. a. O. §§. 5, 7 u. 8.

††) Non solum de mancipiis, sed de omni animali hae actiones [aediliciae] competunt, ita ut, etiam si usumfructum in hominem emerim, competere debeant. fr. 48. §. 6. Dig. l. c.

†††) Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emtor. fr. 2. §. 1. Dig. quar. rer. act. non dat. (44, 5). — Vgl. auch Michel, a. a. O. §. 10.

4) Aus den bisher entwickelten Grundsätzen ergeben sich nunmehr folgende Fälle der Gewährleistung:

a) Wenn Jemand eine fremde Sache als die seinige veräußert, und diese sohin von dem Eigenthümer ganz oder theilweise*) abgestritten (entwährt, evincirt) wird**). Geschah dagegen die Veräußerung in fremdem Namen, oder wurde die Sache als eine der Eviction unterliegende (z. B. als eine gefundene) bezeichnet***), so kann von einem Anspruche auf Gewährleistung keine Rede sein (Vergl. §. 929).

b) Wenn von einem Dritten Ansprüche (z. B. aus dem Titel einer Dienstbarkeit) auf die Sache erhoben werden, und der Veräußerer diese ungewöhnliche Last verschwiegen †), oder in so ferne es sich um eine gewöhnliche Belastung (z. B. die Zehentpflichtigkeit eines Grundstückes, wenn alle in der nämlichen Gemarkung gelegenen Gründe zehentbar sind) handelt, ausdrücklich zugesichert hat, daß die Sache auch von dieser Last frei sei (vgl. §. 928) ††).

c) Wenn eine nicht mehr vorhandene Sache (z. B. ein abgebranntes Haus, ausgeronnener Wein) als noch existirend überlassen wird, ohne Unterschied, ob der Ueberträger um den eingetretenen Untergang der Sache wußte oder nicht, weil hier gar keine Gegenleistung erfolgen kann, auf welcher doch das Wesen eines entgeltlichen Vertrages beruht.

d) Wenn die überlassene Sache jene Eigenschaften nicht besitzt, welche vermöge der Natur des Geschäftes (gewöhnlich) bei derselben vorausgesetzt werden, weil anzunehmen ist, daß der Gegentheil auf das Vorhandensein derselben gerechnet habe.

e) Wenn ausdrücklich bedungen wurde, daß die Sache zu einem besonderen, bestimmten Gebrauche tauglich sei, z. B. daß eine Sackuhr auch die Secunden anzeige, und das Widerspiel dessen hervorkömmt†††).

f) Wenn eine Sache mit ungewöhnlichen Mängeln (z. B. ein Thier mit einer Krankheit) oder Lasten (z. B. mit der Zehentpflicht in einer Gegend, in welcher alle umliegenden Grundstücke zehentfrei sind) behaftet ist, und der Ueberträger das Vorhandensein derselben verschweigt*†).

---

*) Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emtor in venditorem. fr. 1. Dig. de evict. (21, 2) u. a. m.

**) Duplex stipulatio committi dicitur tum, quum res restituta est petitori, vel damnatus est in litis aestimationem, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. fr. 16. §. 1. Dig. l. c. u. a. m.

***) Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. const. 27. Cod. de evict. (8, 45).

†) Si ab emtore ususfructus petatur, perinde is venditori denuntiare debet, atque is, a quo pars petitur. fr. 49. Dig. l. c. — S. auch fr. 46. pr. ibd. u. a. m.

††) . . . vera est Quinti Mucii sententia, ut, qui *optimum maximumque* fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alius servitutem, nisi hoc specialiter ab eo expressum sit. fr. 95. Dig. l. c. u. a. m.

†††) Si vas aliquod mihi vendideris, et dixeris, certam mensuram capere, vel certum pondus habere, ex emto tecum agam, si minus praestes. fr. 6, §. 4. Dig. de act. emt. et. vend. (19, 1).

*†) Vgl. fr. 1. §. 1. fr. 38. pr. Dig. de aedil. ed. (21, 1).

g) Wenn fälschlich vorgegeben wurde, daß eine Sache auch von den gewöhnlichen Fehlern oder Lasten (z. B. ein Grundstück von der Steuer) frei sei. Ohne eine solche ausdrückliche Zusicherung brauchen gewöhnliche Mängel nicht vertreten zu werden, weil man in der Regel nicht erwarten kann, daß eine Sache völlig fehlerfrei sei.

5) Damit das Recht auf Gewährleistung vorhanden sei, müssen im Falle der Entwährung die auf die Sache erhobenen Ansprüche auf einem Grunde beruhen, welcher schon zur Zeit der Abschließung des Vertrags bestanden hat*), bei der Gewährleistung wegen mangelhafter Beschaffenheit der Sache aber diese Mängel eben auch in dem erwähnten Zeitpuncte schon vorhanden gewesen sein. Auf wessen Rechnung die Gefahr einer zwar veräußerten aber noch nicht übergebenen Sache gehe, ist in den §§. 1048 und 1049 bestimmt. Zufälle, welche dieselbe nach erfolgter Uebergabe treffen, müssen jederzeit von dem Empfänger (§. 1311) getragen werden.

§. 924.

Wenn ein Stück Vieh binnen vierundzwanzig Stunden nach der Uebernahme erkrankt oder umfällt; so wird vermuthet, daß es schon vor der Uebernahme krank gewesen sei.

§. 925.

Die nämliche Vermuthung gilt:

1) wenn binnen 8 Tagen bei den Schweinen die Finne, und bei den Schafen die Pocken oder die Räude (Schäbe); oder wenn bei den letzteren binnen zwei Monaten die Lungen- und Egelwürmer entdeckt werden;

2) wenn bei dem Rindviehe binnen dreißig Tagen nach der Uebernahme die Drüsenkrankheit, sogenannte Stiersucht, gefunden wird;

3) wenn bei Pferden und Lastthieren binnen fünfzehn Tagen nach der Uebergabe die verdächtige Drüse oder der Rotz wie auch der Dampf; oder wenn binnen dreißig Tagen der Dummkoller, der Wurm, die Stätigkeit, der schwarze Staar, oder die Mondblindheit entdeckt wird.

---

*) Lucius Titius praedia in Germania trans Rhenum emit, et partem pretii intulit; quum in residuam quantitatem heres emtoris conveniretur, quaestionem retulit, dicens, has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia assignatas. Quaero: an hujus rei periculum ad venditorem pertinere possit? Proculus respondit: futuros casus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere, et ideo secundem ea, quae proponerentur, pretium praediorum peti posse. fr. 11. pr. Dig. de evict. (22, 2).

§. 926.

Von dieser rechtlichen Vermuthung, (§. 924 und 925) kann aber der Uebernehmer eines solchen Stückes Vieh nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Uebergeber oder Gewährsmanne sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gibt; oder in dessen Abwesenheit dem Ortsgerichte oder Sachverständigen die Anzeige macht, und den Augenschein vornehmen läßt.

§. 927.

Vernachlässiget der Uebernehmer diese Vorsicht, so liegt ihm der Beweis ob, daß das Vieh schon vor Schließung des Vertrages mangelhaft war. Immer steht aber auch dem Uebergeber der Beweis offen, daß der gerügte Mangel erst nach der Uebergabe eingetreten sei.

1) Wie eben erwähnt wurde, ist der Anspruch auf Gewährleistung davon abhängig, daß der dieselbe begründende Mangel schon vor Schließung des Vertrages (§. 927) *) vorhanden gewesen sei. Dieser Umstand muß nach allgemeinen processualischen Grundsätzen vom Kläger erwiesen werden. Das Gesetz hat es jedoch für zweckmäßig erachtet, ihn in gewissen Fällen von dieser Last des Beweises zu befreien, und eine Vermuthung dafür aufzustellen, daß gewisse Mängel, wenn sie sich auch erst später gezeigt haben, dennoch schon früher vorhanden gewesen seien. Doch schließt eine solche Vermuthung, wie dieß in der Regel bei Vermuthungen der Fall ist, den Gegenbeweis nicht aus, daß der gerügte Mangel erst wirklich nach dem schon erwähnten Zeitpuncte eingetreten sei, nur läge hier die Last des Beweises eben dem auf Gewährleistung Geklagten ob.

2) Eine solche Vermuthung tritt zuvörderst dann ein, wenn ein Viehstück binnen 24 Stunden nach erfolgter Uebernahme erkrankt oder umfällt**), weil es nicht wahrscheinlich ist, daß die Krankheit oder der Tod binnen so kurzer Zeit durch eine erst später eingetretene Ursache herbeigeführt worden sei.

---

*) Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 95) und Michel (a. a. O. S. 18) meinen gegen den ausdrücklichen Wortlaut des §. 927, daß nicht der Zeitpunct der Abschließung des Vertrages, sondern jener der erfolgten Uebergabe entscheide; allein der §. 924, auf den sie sich dießfalls berufen, so wie der Schlußsatz des §. 927 sprechen keineswegs für ihre Ansicht, da diese des Zeitpunctes der Uebergabe nur deßhalb erwähnen, weil in dem Falle, als das Viehstück in der Zwischenzeit, zwischen der Abschließung des Vertrages und der erfolgten Uebergabe erkrankt oder gefallen ist, die schon oben angeführten §§. 1048 und 1049 zur Anwendung kommen, und weil meistentheils die Uebergabe sogleich nach der Eingehung des Vertrages (§. 904) vor sich geht; daher beide Zeitpuncte gemeiniglich zusammenfallen.

**) S. d. vorhergehende Anmerkung.

Diese Vermuthung gilt bei allen Thiergattungen und bei jeder Art der Erkrankung; nicht aber bei anderweitigen äußeren Gebrechen, weil diese allerdings durch eine momentan wirkende Verletzung verursacht werden könne.

3) Einige Krankheiten sind den gemachten Erfahrungen zu Folge von der Art, daß sie durch längere Zeit im Körper des Thieres verborgen bleiben können, und sich nur langsam entwickeln, daher auch ein, durch das Gutachten der Sachverständigen (Thierärzte) an die Hand gegebener Zeitraum von 8, 15, 30 und 60 Tagen als der entscheidende festgesetzt werden mußte; es sind: die Finne bei den Schweinen, d. i. eine Art von Eingeweidewürmern, welche sich im Zellengewebe zwischen den Muskeln festsetzen, und das Fleisch des von dieser Krankheit befallenen Thiers ungenießbar machen; die Pocken, Räude oder Schäbe, eine Hautkrankheit bei den Schafen, die zwar nicht absolut tödtlich, aber in hohem Grade ansteckend ist, und einen sehr schädlichen Einfluß auf die Wolle übt; die verdächtige Drüse oder der Rotz, d. i. eine höchst gefährliche Entzündung der Schleimhäute bei den Pferden und Lastthieren (nämlich Eseln und Maulthieren); der Dampf, eine Beschwerde im Athemholen, die bei den Pferden und beim Hornvieh vorzukommen pflegt; die Drüsenkrankheit beim Rindvieh, die bei den Kühen auch Stiersucht genannt wird, und meistens mit dem Tode endigt; der Dummkoller, eine Gehirn- und Nervenkrankheit der Pferde; der Wurm, der sich durch Beulen und Knoten an der Haut bemerklich macht; die Stätigkeit, die eine anhaltende krankhafte Widerspenstigkeit; der schwarze Staar, der gemeiniglich Blindheit zur Folge hat; die Mondblindheit, eine, beim Wechsel des Mondes periodisch eintretende Augenentzündung, endlich die Lungen- oder Egelwürmer, von denen die Schafe (wohl auch andere Hausthiere) befallen werden *). — Bei andern, als den hier ausdrücklich aufgeführten Krankheiten, z. B. bei der Drehkrankheit der Schafe, bei der Rinderpest u. dgl. tritt eine den Kläger der Last des Beweises enthebende Vermuthung nur dann ein, wenn die Erkrankung binnen des oben (§. 924) angegebenen kürzern Zeitraumes von 24 Stunden erfolgte.

3) Damit aber der Uebernehmer von dieser ihn begünstigenden Vermuthung Gebrauch machen könne, muß vor Allem die Thatsache der binnen der oben angeführten Zeiträume eingetretenen Erkrankung oder des binnen 24 Stunden erfolgten Todes eines Viehstückes festgestellt werden. Zu diesem Behufe enthält das Gesetz (§. 926) die Anordnung, daß der Uebernehmer sogleich, d. i. (nach der Analogie des §. 904) ohne unnöthigen Aufschub seinem Gewährsmanne von dem eingetretenen Viehfalle oder von dem bemerkten Fehler Nachricht gebe, da sich nach Ablauf einer längeren Zeitfrist nicht leicht mit Bestimmtheit ermitteln läßt, wann das Uebel zum Ausbruch gekommen, oder der Tod erfolgt sei, ob daher dem Uebernehmer die Vermuthung der §§. 924 und 925 noch zu Statten

---

*) Veith, Handb. der Thierarzneikunde. Wien, 1831. — 8. S. auch Nippel, Erläutg. Bd. 6, S. 163, der sich sehr umständlich über diese Krankheiten verbreitet.

komme, und da es dem Uebergeber auch noch aus andern Ursachen, z. B. um selbst seinen Vormann in Anspruch zu nehmen, oder um die erforderlichen Heilungsversuche anzustellen, daran gelegen sein kann, so schleunig als möglich den eingetretenen Unfall zu erfahren.

Wäre der Uebergeber nicht anwesend, so liegt es dem Uebernehmer ob, die Anzeige bei dem Gerichte des Ortes zu machen, wo sich der zu constatirende Fall ereignet hat, und durch dieses die Vornahme eines Augenscheines unter Zuziehung von Sachverständigen zu veranlassen, oder sich unmittelbar an diese zu wenden, und von ihnen die Bescheinigung ihres Befundes zu erwirken*).

Nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung (§. 187 der a., §. 259 der gal. und §. 249 der ital. G. O.) soll eigentlich der Beweis durch Kunstverständige nicht geführt werden, er sei denn durch einen Spruch oder eine gerichtliche Verordnung veranlaßt worden; und letzteres hat (nach dem §. 188 der a. G. O. und dem Hofd. v. 15. Jänner 1787, Nr. 620 der J. G. S. lit. g., sowie nach §. 260 der galiz. und §. 250 der ital. G. O.) dann zu geschehen, wenn zu besorgen wäre, daß die Streitsache ihre Gestalt änderte, bevor als der Richter von derselben die hinlängliche Kenntniß erlangt. Bei dem hier in Frage stehenden Augenscheine ist aber eben wegen der Dringlichkeit des Falles die Beobachtung der sonst von der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht nothwendig, zumal das Gesetz, wie schon oben erwähnt wurde, sogar gestattet, sich unmittelbar an die Sachverständigen zu wenden. Deren scheinen aber jedenfalls zwei beigezogen werden zu müssen, da das Gesetz sonst sich der einfachen Zahl hätte bedienen müssen, und da überhaupt bei dem Beweise durch Sachverständige gerichtsordnungsmäßig Zwei derselben gefordert werden**). Durch die

---

*) Vgl. den in der allgem. österr. Ger. Ztg. Jahrg. 1853, Nr. 8 dargestellten Rechtsfall. Michael L. hatte am 23. Juni 1851 von Franz B. ein Pferd erkauft, an dem er schon zu Anfang des Monats Juli 1851 Kennzeichen des Kollers beobachtete. Er begab sich sogleich in den Wohnort des B., da aber dieser nach Pilsen gereist war, so ließ er das Pferd am 16. u. 17. Juli 1851 durch zwei beeidete Thierärzte untersuchen, und belangte sohin den B. auf Grundlage der zwei, von jedem derselben abgesondert ausgestellten Gutachten, worin das Vorhandensein des Kollers bestätigt wurde. Das Landesgericht zu Eger erkannte auf Abweisung des Klägers, weil er die gesetzlichen Bedingungen der §§. 925 und 926 des a. b. G. B. nicht erfüllt, und sich nicht nach der Vorschrift des §. 195 der a. G. O. benommen habe. Das k. k. böhmische Oberlandesgericht betrachtete dagegen die von den Sachverständigen abgegebenen Gutachten als den Bestimmungen des §. 926 des b. G. B. entsprechend, welche Entscheidung auch von dem k. k. obersten Gerichtshofe mit Urtheil vom 25. Juni 1852, Z. 6196 bestätigt wurde.

**) S. §. 196 der österr., §. 268 der galiz. und §. 258 der ital. G. O. Anderer Meinung ist Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 179). — Sehr ausführliche Bestimmungen enthalten dießfalls die §§. 205—210 der ungar. und der siebenb. G. O. Hier wird ausdrücklich bestimmt, daß um vorläufige Bewilligung des Augenscheines durch Bescheid bei dem Richter, welcher in der Hauptsache zu erkennen hat, oder wenn dieser zu weit entfernt und Gefahr am Verzuge wäre, bei dem Richter des Ortes, wo der Augenschein vorgenommen werden soll, anzusuchen sei, daß der Richter in besonders dringenden Fällen den Augenschein auch ohne Vernehmung des Gegners anordnen, die Vorladung desselben zur

Vernachlässigung dieser Vorsicht verliert der Uebernehmer noch nicht den Anspruch auf Gewährleistung, aber es entfällt die zu seinen Gunsten aufgestellte Vermuthung, und er hat sohin den Beweis zu führen, daß das erkrankte oder gefallene Vieh schon vor der Schließung des Vertrages (s. oben Z. 1) mangelhaft war.

4) Immer, sowohl wenn die in den §§. 924 u. 925 enthaltene Vermuthung eintritt, als wenn der Kläger sich zum Beweise des die Gewährleistung begründenden Mangels erboten hat, steht dem Geklagten der Gegenbeweis offen, daß jener Mangel erst später eingetreten sei, also auf Rechnung des Uebernehmers falle, was nur durch Sachverständige wird geschehen können.

§. 928.

Fallen die Mängel einer Sache in die Augen, oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen; so findet, außer dem Falle einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung Statt (443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden.

1) Der Anspruch auf Gewährleistung entfällt, wenn die Mängel, welche sie begründen sollen, offenbar gewesen; denn hat sie in diesem Falle der Empfänger wahrgenommen, so ist es so anzusehen, als ob er stillschweigend auf das Recht, Gewährleistung zu fordern, verzichtet hätte; ist er ihrer aber nicht inne geworden, so hat er dieß nur seiner eigenen Unachtsamkeit zuzuschreiben*). Das Gleiche gilt, wenn bei einer unbeweglichen Sache die auf derselben haftenden Lasten z. B. Dienstbarkeiten u. dgl. aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind, weil nach §. 443 derjenige, der diese Bücher einzusehen unterläßt, in allen Fällen für seine Nachlässigkeit leidet.

2) Hiervon würde jedoch eine Ausnahme dann eintreten, wenn der Uebergeber ausdrücklich zugesagt hätte, daß die Sache von allen, oder von gewissen Fehlern oder Lasten, um die es sich gerade handelt, frei sei;

Augenscheinstagsatzung unterlassen, und die Sachverständigen von Amtswegen benennen könne. Sollten jedoch in einem solchen Falle (heißt es im §. 210) in der Folge gegründete Einwendungen gegen die Person der Sachverständigen oder gegen ihr Gutachten angebracht werden, so ist darauf bei Entscheidung der Hauptsache die gehörige Rücksicht zu nehmen, auch wohl nach Umständen eine Wiederholung des Augenscheines, in sofern sie noch möglich ist, zu bewilligen.

*) Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuerit apparere, utputa si coecus homo venibat, aut qui cieraticum evidentem et periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis, ejus nomine non teneri Caelius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos satisque pertinere edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. fr. 14. §. ult. Dig. de aed. ed. (21, 1).

denn in dem Falle ist vorauszusetzen, daß der Uebernehmer sich nur im Vertrauen auf die ihm gemachte Zusage einer weiteren Untersuchung der Sache enthalten, oder die Einsicht der öffentlichen Bücher unterlassen habe.

3) Was hier von den auf einer Sache haftenden Lasten bemerkt wurde, gilt nach dem Schlußsatze des §. 928 nicht auch von Schulden und Rückständen. Unter Schulden sind hier jene Leistungen zu verstehen, welche aus einem Privatrechtstitel entrichtet werden müssen. Sie haften auf der Sache selbst, wenn sie in die öffentlichen Bücher eingetragen sind, und der jeweilige Besitzer dieser letzteren muß daher gestatten, daß sie zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werde. (Vgl. Bd. I. S. 846 u. Bd. II. S. 102 d. W.), wenn er nicht selbst die Zahlung leisten will. Der Ausdruck Rückstände bezieht sich, da er den „Schulden" gegenüber steht, auf solche Leistungen, die, wenn sie erst in der Folge fällig werden, wie z. B. Steuern, Gemeindeabgaben u. dgl., den Uebernehmer treffen, die aber, weil sie eben schon vor der Abschließung des Vertrages fällig geworden, von dem Uebergeber hätten berichtigt werden sollen*). Auch sie haften häufig auf der Sache selbst, ohne daß sie den öffentlichen Büchern einverleibt zu sein brauchen, dergestalt, daß der Berechtigte (der Staat oder die Gemeinde u. s. w.) sich in Ansehung derselben aus dieser zahlhaft machen kann (Vgl. Bd. II. S. 23 d. W.). Derlei Schulden und Rückstände müssen nun stets, d. h. im Gegenhalte zu dem früher Gesagten, auch dann vertreten werden, wenn sie aus den öffentlichen Büchern zu ersehen waren, und ohne daß der Uebergeber das Nichtvorhandensein derselben ausdrücklich zugesichert zu haben braucht. Dagegen kann auch bei ihnen die Pflicht zur Gewährleistung hinwegfallen, wenn der Uebernehmer ausdrücklich darauf Verzicht geleistet, oder gar dieselben zur Zahlung übernommen und daher in den Kaufschilling eingerechnet hätte, und ebenso, wenn der dießfällige Anspruch nicht innerhalb der gesetzlich angeordneten Frist geltend gemacht würde.

4) Uebrigens legt der §. 928 dem Vormanne nur die Verbindlichkeit auf, die Schulden und Rückstände zu vertreten, keineswegs aber unbedingt für dieselben zu haften; der Uebernehmer muß daher vorsichtig sein, wenn er sich zur Zahlung derselben herbeiläßt, und die Vorschrift des §. 931 beobachten, weil ihm sonst von dem Auctor Einwendungen entgegengesetzt werden könnten, welche die Entschädigung gänzlich zu beseitigen, oder wenigstens zu vermindern im Stande wären (s. unten die Erläuterung des §. 931).

§. 929.

Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat eben so wenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht gethan hat.

1) Wenn Jemand eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, so ist anzunehmen, daß er sich der Gefahr einer Entwährung derselben freiwillig ausgesetzt, und somit auf das Recht der Gewährleistung verzichtet habe. Es macht daher auch keinen Unterschied, ob sich der Uebernehmer im red-

---

*) Vgl. den in der allg. öster. Ger. Ztg. 1852, Nr. 155 mitgetheilten Rechtsfall.

lichen oder unredlichen Glauben befunden*). Dagegen scheint die Gewährleistung nicht ausgeschlossen zu sein, wenn der Uebernehmer zwar nicht wußte, aber aus den Umständen vermuthen mußte, daß die erworbene Sache eine fremde sei, weil das Gesetz dieses Falles nicht erwähnt, und der Umstand, daß der §. 326 auch einen solchen Erwerber für einen unredlichen Besitzer erklärt, hier nicht entscheidet**).

2) Die Verbindlichkeit zur Gewährleistung fällt auch dann weg, wenn der Uebernehmer ausdrücklich darauf Verzicht gethan hat. Doch ist eine solche Verzichtleistung nicht über ihren wahren Inhalt auszudehnen. Wurde also nur auf die Evictionsleistung verzichtet, so müssen die anderweitigen Mängel der übergebenen Sache nichtsdestoweniger vertreten werden, und ebenso würde umgekehrt der Verzicht auf die Gewährleistung wegen Mängel den Anspruch auf Entschädigung im Falle einer gänzlichen Entwährung der Sache nicht ausschließen***).

§. 930.

Werden Sachen in Pausch und Bogen, nämlich so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht übergeben; so ist der Uebergeber, außer dem Falle, daß eine von ihm fälschlich vorgegebene, oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt, für die daran entdeckten Fehler nicht verantwortlich.

1) Ein fernerer Grund des Hinwegfallens der Gewährleistung ist die Uebernahme einer Sache in Pausch und Bogen (per aversionem), wenn eine aus mehreren Theilen bestehende Sache (z. B. eine Heerde, eine Bibliothek, ein Waarenlager) dergestalt überlassen wird, daß man, statt sich jedes einzelne Stück zuzählen oder zumessen zu lassen, das Ganze übernimmt; denn bei solchen Sachen verschwindet das Einzelne im Begriffe des Ganzen, und dieses bleibt, ungeachtet des Entfallens oder der schlechten Beschaffenheit einzelner Bestandtheile noch immer dasselbe. Ein Geschäft dieser Art hat immer etwas Gewagtes an sich, und es liegt auch hier gewissermaßen eine stillschweigende Verzichtleistung auf die Vertretung der Mängel eines jeden einzelnen Stückes zum Grunde. Wir glauben deßhalb, daß auch dann keine Verbindlichkeit zur Gewährleistung eintrete, wenn einzelne Stücke der in Pausch und Bogen erworbenen Sache evincirt werden†).

---

*) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 98 u. Michel a. a. O. S. 33.

**) Anderer Meinung ist Michel, a. a. O. S. 33.

***) Michel, a. a. O. S. 34.

†) Auch Winiwarter und Nippel pflichten dieser Ansicht bei, während sich Michel (a. a. O. S. 20) der entgegengesetzten Meinung anschließt. Er bemerkt nämlich, daß der §. 930 bloß von den Fehlern der übergebenen Sache spricht, daß es aber kein Fehler zu nennen sei, wenn mehrere Stücke derselben einem Dritten gehören. Allein unser Gesetzbuch unterscheidet überhaupt nicht genau zwischen der Gewähr der Mängel einer Sache und der Evictionsleistung,

2) Dagegen findet die Gewährleistung auch bei der Ueberlassung einer Sache in Pausch und Bogen statt: a) wenn eine von dem Uebergeber fälschlich vorgegebene oder b) von dem Empfänger bedungene Eigenschaft der ganzen Sache mangelt (z. B. daß die übergebene Heerde einem bestimmten Viehschlage angehöre) oder c) wenn dieselbe als Ganzes evincirt wird; und ebenso müssen d) Schulden und Rückstände, die darauf haften, allerdings (§. 928) vertreten werden.

§. 931.

Bedingung der Gewährleistung.

Wenn der Besitzer wegen eines von einem Dritten auf die Sache gemachten Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will; so muß er seinen Vormann davon benachrichtigen, und nach Vorschrift der Gerichtsordnung die Vertretung begehren. Durch die Unterlassung dieses Ansuchens verliert er zwar noch nicht das Recht der Schadloshaltung; aber sein Vormann kann ihm alle wider den Dritten unausgeführt gebliebene Einwendung entgegen setzen, und sich dadurch von der Entschädigung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden.

1) Wenn das Recht auf Gewährleistung wegen eines, von einem Dritten auf die Sache gemachten Eigenthums- oder sonstigen Anspruches geltend gemacht werden will (im Falle der s. g. Evictionsleistung), so muß, wie schon das römische Recht verfügte*), der Vormann von dem erhobenen Anspruche benachrichtigt (litem denuntiare), und dessen Vertretung in dem durchzuführenden Rechtsstreite begehrt werden; weil er Mittel und Wege haben könnte, diese Ansprüche zurückzuweisen, die dem Uebernehmer vielleicht unbekannt sind. Das hierbei einzuschlagende Verfahren ist durch die Gerichtsordnung bestimmt**). Der §. 58 der a. G. O. verfügt dießfalls, daß derjenige, der befugt zu sein glaubt, von einem Dritten die Ver-

---

wie aus §. 922 erhellet; und eben so gewiß scheint es in der Natur der fraglichen Geschäfte zu liegen, daß der Vormann nicht für eine bestimmte Stückzahl hafte. Auch spricht für die von mir vertheidigte Ansicht die Analogie aus §. 1049.

*) Si, quum possit emtor emtori denuntiare non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest. fr. 53. §. 1. Dig. de evict. (21, 2). — Emtor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu, neque ex duplo, neque ex emto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habebit. const. 8. Cod. h. t. (8. 45).

*) Der §. 49 der galiz. G. O. und übereinstimmend jener der ital. G. O. verfügt, daß wenn Jemand berechtigt zu sein glaubt, auf den Fall, daß er sachfällig würde, eine Entschädigung von einem Dritten zu fordern, jener ihm den Streit sogleich gerichtlich bekannt machen lassen solle, und zwar binnen

tretung zu begehren, dieses sogleich, und zwar vor Verstreichung der Hälfte der zur Erstattung der Einrede ihm ertheilten ersten Frist anbringen solle. Falls nun der angegangene Vertreter sich zur Vertretung gutwillig einversteht, hängt es von der Willkür des Vertretungswerbers ab, ob er mit demselben einverständlich und zugleich den Proceß führen, oder aber dessen Führung dem Vertreter allein ohne seine Einschreitung überlassen wolle (§. 59 ebd.). Sollte aber ein Streit über die Frage: ob die Vertretung Statt habe oder nicht? entstehen, so haben diesen der Vertretungswerber und der vorgeschützte Vertreter besonders abzuführen (§. 60 ebd.).

2) Der Fall der Evictionsleistung kann übrigens nicht nur in der Art eintreten, daß der „Besitzer", wie sich das Gesetz ausdrückt, von der Gewährleistung Gebrauch machen will; es kann nämlich auch der umgekehrte Fall stattfinden, daß derjenige, der als Kläger auftritt, zu diesem Rechtsmittel zu greifen genöthiget wird; wie wenn sich z. B. der Vertragsgegenstand in den Händen eines Dritten befindet, und dieser die Herausgabe desselben verweigert. Hier muß nach §. 58 der allg., §. 49 der galiz., §. 49 der ital. und §. 24 der ung. u. siebenb. G. O. der Auctor vor Einreichung der Klage*) um die Vertretung angegangen werden. Wenn diese daher bei dem Kläger erst nach bereits überreichter Klage aus den Behelfen des Gegentheils erschiene, so erübrigt dem Kläger nach dem Hfd. v. 15. Jänner 1787, Nr. 621 lit. bb nichts anderes, als seine Klage gegen Vergütung der dem Gegentheile verursachten Kosten zurückzunehmen, und dann vor Ueberreichung der neuen Klage die Vertretungssache in gehörigen Gang zu setzen.

3) Nach §. 58 der allg., §. 49 der galiz. und §. 49 der ital. G. O. wurde durch Unterlassung des Ansuchens um Vertretung der Anspruch auf die Gewährleistung selbst verwirkt**); unser a. b. G. B. ist jedoch von

---

der oben angegebenen Frist. Nach §. 50 ebd. hängt es sohin von dem Einverständnisse des Vertretungswerbers und des angegangenen Vertreters ab, welcher von ihnen den Proceß führen soll, oder ob sie ihn einverständlich und zugleich als Streitgenossen führen wollen, wären sie aber darüber nicht einig, so hat ihn der Vertretungswerber zu führen. — Der §. 24 der ung. u. sieb. G. O. bestimmt ebenfalls, daß derjenige, der einen Dritten um die Vertretung angehen will, es ihm gerichtlich anzuzeigen habe, und zwar im schriftlichen Verfahren binnen der ersten Hälfte der ersten Frist zur Einrede, im mündlichen Verfahren aber, ehe er sich in die Verhandlung der Streitsache einläßt. Nach §. 26 ebd. hängt es sohin von der Uebereinkunft des Vertretungswerbers mit dem Vertreter ab, ob der Proceß von einem oder dem andern oder von beiden gemeinschaftlich geführt werden wolle. So lange sie sich darüber nicht vereinigen, hat ihn der Vertretungswerber allein zu führen.

*) Der §. 24 der ung. u. siebenb. G. O. bestimmt, daß die Litisdenuntiation, in sofern sich nicht erst aus der Verhandlung der Hauptsache die Veranlassung ergibt, vor angebrachter Klage erfolgen müsse.

**) Dieß war in der Regel auch nach römischem Rechte der Fall. Emtor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu, neque ex duplo, neque ex emto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habebit. const. 8. Cod. de evict. (8, 45). — Si, quum possit emtor emtori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest. fr. 53. §. 1. Dig. de evict. (21, 2) u. a. m.

dieser Bestimmung abgegangen, und räumt dem Vormann nur das Recht ein, dem Entschädigungsanspruche des Gegners alle Einwendungen entgegen zu setzen, welche im Evictionsprocesse gegen den Dritten unausgeführt geblieben sind. Wären diese geeignet gewesen, den Anspruch des Dritten als gänzlich unstatthaft zu beseitigen, so wird der Auctor von seiner Gewährleistungsverbindlichkeit gänzlich befreit; würden sie dieß aber nur theilweise, oder gar nicht zu bewirken im Stande gewesen sein, so entfällt auch die Entschädigungspflicht nur zum Theile, oder bleibt völlig aufrecht.

4) Die Vertretung kann, so wie die Gewährleistung selbst, nur von dem nächsten, nicht aber auch von einem entfernteren Vormanne begehrt werden, mit welchem sich der Beschädigte in gar keinen Vertragsverhältnissen befindet; diese anzugehen bliebe dem die Entschädigung leistenden Auctor vorbehalten *).

5) Das Gesetz nimmt den Anspruch auf Gewährleistung als gleichbedeutend mit dem Rechte der Schadloshaltung; der Vormann hat daher nicht nur dasjenige herauszugeben, was er für die entwährte Sache erhalten hat, sondern auch den Ersatz alles übrigen, dem Paciscenten durch die Entwährung zugegangenen Schadens zu leisten, also z. B. die auf die Sache verwendeten Auslagen, in sofern sie nicht von dem Entwährenden vergütet werden mußten, die Proceßkosten und dergleichen mehr **).

§. 932.

Wirkung.

Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht mehr gehoben werden kann, und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert, so kann der Verkürzte die gänzliche Aufhebung des Vertrages; wenn hingegen sich das Fehlende, z. B. an Maß oder Gewicht nachtragen läßt, nur diesen Nachtrag; in beiden Fällen aber auch den Ersatz des weiteren Schadens, und, dafern der andere Theil unredlich gehandelt hat, auch den entgangenen Nutzen fordern.

1) Im Falle der Gewährleistung wegen vorhandener Fehler oder mangelnder Eigenschaften einer Sache (s. oben S. 98) hing es nach römischem Rechte von der Willkühr des Empfängers ab, ob er die s. g. Wandelklage (judicium redhibitorium) auf Rescission des Geschäftes oder die Minderungsklage (judicium aestimatorium seu quanto minoris) auf Herabsetzung der Gegenleistung anstellen wollte ***). Nach unserem

---

*) Si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius, conventus a domino rei, venditori meo denuntiare, nisi cessae ei fuerint actiones, vel quodam casu hypothecas habeat. fr. 59. Dig. ibd.

**) Evicta re, ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit. fr. 70. Dig. ibd.

***) Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor queratur, aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanto minoris judicio agere potest. fr. 18. pr. Dig. de aed. ed. (21, 1). — Est in

Gesetzbuche muß dagegen unterschieden werden, ob der Mangel nicht gehoben werden kann, oder ob sich das Fehlende nachtragen läßt. Im ersten Falle kann der Verkürzte die gänzliche Aufhebung des Vertrages begehren*), in Folge dessen er die empfangene Sache dem Uebergeber zurückstellen muß, dagegen aber auch die Herausgabe Alles dessen verlangen kann, was er seinerseits dafür geleistet hat**).

2) Ist dagegen der Mangel nur ein quantitativer, so daß er sich durch Nachtrag des Fehlenden an Maß oder Gewicht beheben läßt, so kann der Verkürzte nur diesen Nachtrag fordern. Das Gesetz spricht mit keiner Sylbe von einer Herabsetzung der Gegenleistung, scheint also die römische Minderungsklage eigentlich gar nicht aufgenommen zu haben***).

3) In dem einen wie in dem andern Falle muß aber dem Uebernehmer auch noch der Ersatz des weiteren ihm zugegangenen Schadens geleistet werden, den er ungeachtet der Aufhebung des Vertrages oder der Ergänzung des Fehlenden zu erleiden hat. Hierbei muß aber noch weiter unterschieden werden, ob der Uebergeber redlich oder unredlich gehandelt, das heißt, ob er die Mängel der Sache gekannt hat oder nicht. Im ersten Falle kömmt bloß der wirklich erlittene Schaden zu ersetzen; es muß also Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, und wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswerth vergütet werden. Im zweiten Falle kann dagegen auch der entgangene Nutzen von dem Beschädiger gefordert werden. Doch findet dieß nur bei einer Unredlichkeit des Vormannes, nicht auch wegen einer auffallenden Sorglosigkeit desselben (vgl. §. 1324) statt†).

§. 933.

Wer die Gewährleistung fordern will, muß sein Recht, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren; betrifft es aber bewegliche, binnen sechs Monaten geltend machen, sonst ist das Recht erloschen. Erlöschung des Rechtes der Gewährleistung.

1) Schon das römische Recht hatte für die aus der Gewährleistung entspringenden Klagen kurze Verjährungsfristen festgesetzt, nämlich für

---

potestate emtoris intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea quae datur quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. fr. 25. §. 1. Dig. de except. rei jud. (44, 2).

*) Jubent Aediles restitui et quod venditioni accessit, et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset. fr. 23. §. 1. Dig. de aedil. ed. (21, 1).

**) Vgl. fr. 21, §. 1.; fr. 23 pr. §§. 1, 9; fr. 25; fr. 27, fr. 29, §§. 1—3; fr. 31 pr. §§. 11—15; fr. 48 §. 8; fr. 58 pr. Dig. l. c. (21, 1).

***) Anderer Meinung ohne nähere Begründung ist Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 190) und Winiwarter (bürgl. Recht. Bd. 4. S. 102.)

†) S. Michel, a. a. O. S. 23.

die actio redhibitoria 6 Monate, für jene quanto minoris 1 Jahr*), weil sonst die Sicherheit des Verkehres allzusehr gefährdet würde. Unser a. b. G. B. ist nun zwar diesem Principe treu geblieben, hat aber einen andern Unterschied zum Grunde gelegt, ob es sich nämlich um eine unbewegliche oder um eine bewegliche Sache handelt, ohne weiter darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Aufhebung des Vertrages, oder bloß die Leistung des entsprechenden Nachtrages oder auch noch weitere Schadloshaltung begehrt werde. Es hat bei unbeweglichen Sachen, deren Verkehr minder lebhaft, deren Werth meist viel bedeutender ist und deren Mängel oft erst nach längerer Zeit wahrgenommen werden können, eine Verjährungsfrist von drei Jahren, bei beweglichen Sachen dagegen (wie bei der Wandelklage der Römer) von sechs Monaten festgesetzt.

2) Bezüglich des Zeitpunctes, von welchem an diese Fristen zu laufen beginnen, muß zwischen der Gewährleistung wegen Eviction und jener, wegen vorhandener Mängel der Sache unterschieden werden. Im Falle der Eviction ist der Anspruch nicht eher begründet, als bis die Sache dem Uebernehmer rechtskräftig entwährt ist, es kann daher auch das Recht auf Schadloshaltung nicht früher ausgeübt werden (§. 1478), und zwar dieß um so mehr, als im entgegengesetzten Falle, wenn man den fraglichen Zeitraum etwa von dem Tage der Uebergabe beginnen lassen wollte, der Anspruch des Uebernehmers leicht dadurch eludirt werden könnte, daß die Eviction bis zum Ablaufe jenes Termines hinausgeschoben würde. Eben so wenig kann die Zeit des von dem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches entscheiden, denn damit ist wohl die Möglichkeit begründet, den Vormann zu benachrichtigen und die Vertretung von ihm zu begehren. Allein abgesehen davon, daß das Ansuchen um Vertretung nicht wesentlich zur Geltendmachung des Anspruches auf Gewährleistung gehört, und daß die Fristen hiefür in der Gerichtsordnung bestimmt sind**), ist es ja damals noch nicht gewiß, daß den Uebernehmer auch wirklich ein Schade treffen werde. Diese Gewißheit tritt erst mit dem Momente ein, da er im Entwährungsproceß unterliegt***).

3) Im Falle der Gewährleistung wegen Mängel der Sache scheint die Verjährungsfrist von drei Jahren oder sechs Monaten mit dem Zeitpuncte zu beginnen, da der Uebernehmer diese Mängel gewahr wird. Manche Schriftsteller†) sehen zwar den Zeitpunct der Uebergabe als den entscheidenden an, weil der Uebernehmer dadurch in den Stand gesetzt ist, die an der Sache befindlichen Mängel kennen zu lernen, und seinen

---

*) Tempus emtoris redhibitionis sex menses utiles habet; si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agatur, annus utilis est. fr. 19. §. 6. Dig. de aedil. ed. (21, 1).

**) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4. S. 105.

***) Si communi dividundo mecum actum esset, et adversario servus adjudicatus sit, quia probavit, eum communem esse, habebo ex dupla stipulatione actionem, quia non interest, quo genere judicii evincatur, ut mihi habere non liceat. fr. 34. §. 1. Dig. de evict. (21, 2).

†) Z. B. Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 104.

Regreß zu suchen, wenn er einen hinlänglichen Grund hierzu zu haben glaubt, und weil bei der gegentheiligen Auslegung die Absicht des Gesetzes, förderud auf den Verkehr einzuwirken, geradezu vereitelt würde. — Allein schon nach römischem Rechte waren die für die Wandel- und Minderungsklage vorgeschriebenen Verjährungsfristen s. g. tempora utilia, bei welchen demjenigen, der ein Recht zu verfolgen hat, die Zeit, da er daran auf irgend eine Weise, also auch durch einen entschuldbaren Irrthum, gehindert ward, nicht angerechnet werden sollte*); ferner erlischt auch nach §. 1489 die Entschädigungsklage erst nach drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schade dem Beschädigten bekannt wurde und der Anspruch auf Gewährleistung ist eigentlich nichts anders, als ein Recht auf Schadloshaltung (§. 931); endlich verdient auch, wenn es sich überhaupt um die Auslegung einer zweifelhaften Gesetzesstelle handelt, gewiß der Beschädigte mehr Berücksichtigung als der Beschädiger**); was aber das Interesse des Verkehres anbelangt, so wird dasselbe ohnedieß durch die Natur der Sache hinreichend gewahrt erscheinen, da nach einem längeren Zeitraum der Beweis, daß die entdeckten Mängel schon zur Zeit der Abschließung des Geschäftes vorhanden gewesen seien, nur in den seltensten Fällen dürfte hergestellt werden können.

§. 934.

Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten, so räumet das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem anderen Theile stehet aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt. Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte.

§. 935.

Dieses Rechtsmittel findet nicht Statt, wenn jemand ausdrücklich darauf Verzicht gethan, oder sich erkläret hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Werth zu übernehmen; wenn er, obgleich ihm der wahre Werth bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnißmäßigen Werthe

---

*) So heißt es auch im fr. 55. Dig. de aedil. ed. (21, 1): Quum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit.

**) S. auch Michel, a. a. O. S. 30.

verstanden hat; ferner, wenn aus dem Verhältnisse der Personen zu vermuthen ist, daß sie einen, aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag schließen wollten; wenn sich der eigentliche Werth nicht mehr erheben läßt; endlich, wenn die Sache von dem Gerichte versteigert worden ist.

1) Zufolge der const. 2. Cod. de resc. vendit. (4, 44) konnte der Verkäufer einer unbeweglichen Sache, wenn der Preis nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes derselben erreichte, den Vertrag wegen einer laesio enormis (ultra dimidium) anfechten*). Diese Verfügung wurde von den Rechtslehrern, — ob mit Recht oder Unrecht, ist hier nicht weiter zu untersuchen**) — auf beide Theile, und auf alle onerosen Geschäfte, ohne Unterschied, ob der Gegenstand der Leistung eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist, ausgedehnt, und in dieser Ausdehnung wurde das Rechtsmittel der Verletzung über die Hälfte auch in unser b. G. B. aufgenommen. Man ging hierbei von der Betrachtung aus, daß bei einem entgeltlichen Geschäfte in der Regel jeder der Compaciscenten eine Vergütung für die von seiner Seite erfolgende Leistung zu erhalten beabsichtigt, daß daher, wenn ein bedeutendes Mißverhältniß zwischen dem Werthe derselben und der Gegenleistung stattfindet, entweder ein Irrthum unterlaufen sei, oder der Verletzte sich in einer Noth- oder Zwangslage befunden habe, welche von dem Gegentheile mißbraucht wurde. Ein solches Mißverhältniß ist dann vorhanden, wenn die Leistung mehr als das Doppelte dessen, was man dafür empfangen hat, werth ist, oder wenn sie weniger als die Hälfte des Werthes der Gegenleistung beträgt; wenn z. B. ein Pferd, welches 100 fl. werth ist, um 48 fl. verkauft wurde, oder wenn man dafür 250 fl. gegeben hat. Als Grundlage der Beurtheilung dient der gemeine Werth der Sache, welcher auch nach dem Nutzen bestimmt wird, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet (vgl. §. 305 und Bd. 1, S. 625 d. W.).

2) Das Mißverhältniß kömmt nach dem Zeitpuncte des abgeschlossenen Vertrages zu beurtheilen, weil die Parteien nur den damals eintretenden Zustand im Auge halten konnten. Verringerungen des Werthes, welche erst nach der Uebergabe eingetreten sind, gehen daher auf Rechnung des Empfängers ***). Was in Ansehung der zwar nach Abschließung des Geschäftes aber vor erfolgter Uebergabe eintretenden Veränderungen zu gelten habe, ist in den §§. 1047—1051, 1064 und 1171 festgesetzt Sollte sich demnach der Werth, den die Sache zur Zeit der Eingehung des Vertrages hatte, nicht mehr ermitteln lassen — was z. B. bei einer gänzlichen

---

*) Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venumdatum recipias auctoritate judicis intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

**) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 364, u. Thibaut a. a. O. §. 430.

***) Vgl. const. 8. in fine Cod. l. c.

Umgestaltung derselben Platz greifen könnte — so entfällt auch das in Frage stehende Rechtsmittel (§. 935).

3) Kann dagegen die Verletzung im oben angedeuteten Sinne nachgewiesen werden, so steht dem Verletzten das Recht zu, die Aufhebung des Vertrages und die Herstellung in den vorigen Stand zu verlangen, also das Empfangene zurückzustellen, und dafür die Rückgabe des Geleisteten zu begehren. Befände sich dieß bereits in den Händen einer dritten Person, so kann von dem fraglichen Rechtsmittel gegen diese kein Gebrauch gemacht werden, da es nur gegen die Person des Compaciscenten gerichtet erscheint*).

4) Dem andern Theile steht es frei, in die Aufhebung des Vertrages zu willigen, oder aber denselben dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe ersetzt. So müßte in dem ersten der oben beispielsweise angeführten Fälle der Käufer des Pferdes noch 52 fl. nachzahlen, oder im zweiten Falle das empfangene Uebermaß von 150 fl. herausgeben.

5) Das Gesuch um Rescission des Geschäftes findet nicht statt, wenn a) der Verletzte in vorhinein ausdrücklich darauf Verzicht geleistet hat**); wenn er b) sich erklärte, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Preis übernehmen zu wollen, weil sich dieses pretium affectionis eigentlich gar nicht abschätzen läßt***); doch wird eine solche Willensmeinung nicht vermuthet, sondern muß wirklich ausgedrückt worden sein; c) wenn der Verletzte wußte, daß ein unverhältnißmäßiger Preis für die Sache gefordert werde, und sich dennoch dazu verstanden hat, indem hier angenommen werden muß, daß er entweder eine theilweise Schenkung machen wollte, oder daß die Sache mit Rücksicht auf seine besonderen Verhältnisse auch einen außergewöhnlichen Werth für ihn habe (z. B. ein Wassergefälle für einen Fabriksbesitzer); auch in diesem Falle müßte jedoch der Beweis geliefert werden, daß dem Verletzten das Mißverhältniß des Preises bekannt war; d) wenn die vertragschließenden Theile einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrage (s. oben S. 15) schließen wollten, was auch aus den Verhältnissen der Personen (wie z. B. bei nahen Verwandten, Ehegatten und dergleichen) vermuthet werden kann, wovon jedoch der Fall eines Scheingeschäftes (s. oben S. 93) wohl unterschieden werden müßte; e) wenn die Veräußerung vermittelst einer gerichtlichen Versteigerung, d. i. in Executions- und Cridafällen, dann in Waisen- und Verlassenschaftsabhandlungs-Geschäften nach dem Hofd.

---

*) Thibaut, a. a. O. §. 432.

**) Sancimus nemini licere adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere. const. 29. Cod. de pact. (2, 3).

***) Hätte Jemand z. B. erklärt, für ein Pferd, welches zu einem schon in seinem Besitze befindlichen Gespanne paßt, um 100 fl. über dessen wahren Werth bezahlen zu wollen, so müßte dieser Betrag von dem Kaufpreise abgeschlagen werden, und eine Verletzung über die Hälfte wäre erst dann vorhanden, wenn auch der Rest noch mehr als das Doppelte des eigentlichen Werthes betrüge. Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 201.

v. 13. Juli 1789, Nr. 1032 der J. G. S.)*) geschah, weil dieser ohnehin eine Schätzung vorangeht, und weil derlei Feilbietungen, um den größten Zusammenfluß von Kauflustigen zu erzielen und dadurch fördernd auf den Credit einzuwirken, möglichst gegen jede Bestreitung gesichert werden müssen; f) endlich findet dieses Rechtsmittel auch nicht statt bei Glücksverträgen (§. 1268), weil sich der Werth der Hoffnung eines ungewissen Vortheils der Ziffer nach nicht bestimmen läßt, und g) bei Vergleichen (§. 1386), deren Wesenheit gerade darin besteht, daß streitige oder zweifelhafte Rechte, deren Werth eben deßhalb nicht genau ermittelt werden kann, dergestalt bestimmt werden sollen, daß jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu thun oder zu unterlassen sich verbindet.

6) Das Recht, einen entgeltlichen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben, muß nach §. 1487 binnen drei Jahren geltend gemacht werden, widrigenfalls es durch Verjährung erlischt.

§. 936.

Von der Verabredung eines künftigen Vertrags.

Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich; wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervor leuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpuncte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen.

1) Es ist schon früher bemerkt worden, daß einseitige Aufforderungen, einen Vertrag abzuschließen (s. g. Propositionen), selbst wenn sie in ein förmliches Versprechen eingekleidet wurden, bis zur erfolgten Annahme ohne Wirkung und widerruflich sind; dieß gilt selbst von beiderseitigen vorbereitenden Verhandlungen (Tractaten), wenn nicht ein förmlicher vorbereitender Vertrag (pactum praeparatorium, pactum de contrahendo) abgeschlossen wurde**). Dieß pflegt gewöhnlich bei s. g. Realcontracten, z. B. beim Leihvertrage (§. 971), beim Darlehensvertrage (§. 983) zu geschehen, welche erst durch die Uebergabe des zu leistenden Gegenstandes wirklich abgeschlossen werden, wenn diese nicht

---

*) Ellinger (Handb. S. 355) rechnet auch, jedoch gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, die politischerseits vorgekehrten Versteigerungen hierher.

**) Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est, et utilis stipulatio. fr. 68. Dig. de verb. obl. (45, 1). — Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. const. 3. Cod. de rer. permut. (4, 64).

sogleich erfolgen kann, den Parteien aber doch darum zu thun ist, sich dieselbe für die Zukunft zu sichern. Unser Gesetzbuch ist dieser Gattung von Verträgen nicht sehr günstig, weil sie leicht aus Uebereilung und unüberlegt abgeschlossen werden können; es hat daher die Erfordernisse ihrer Giltigkeit genau bestimmt.

2) Sie müssen zu diesem Ende, da sie wirkliche Verträge sind, alle Erfordernisse eines solchen an sich tragen; es ist also eine Bedingung ihres giltigen Zustandekommens: die Fähigkeit der Personen, deren wahre Einwilligung und die Möglichkeit der Leistung. Daher kann das Uebereinkommen, künftig einen unerlaubten Vertrag (§. 878) schließen zu wollen, niemals von Wirkung sein.

3) Weiters muß eine solche vorläufige Verabredung die Zeit des künftig abzuschließenden Vertrages genau enthalten, und können hier die suppletorischen Bestimmungen des §. 904 nicht zur Anwendung kommen.

4) Ebenso müssen darin die wesentlichen Stücke jenes Vertrages (z. B. die Darlehenssumme) festgestellt sein. Geht eine solche Verabredung einem Realvertrage voraus, so kann über die präparatorische Natur kein Zweifel entstehen, da der Realcontract erst durch die wirkliche Uebergabe der Sache zu Stande kömmt; handelt es sich aber um einen Consensualvertrag, z. B. einen Kauf oder eine Miethe, so ist die Verabredung nur dann als eine bloß vorbereitende anzusehen, wenn die Nebenpuncte des Vertrages dem erst zu treffenden Uebereinkommen der Parteien vorbehalten wurden; im widrigen Falle ist der Vertrag selbst vorhanden, und nur dessen Erfüllung hinausgeschoben. Auf ähnliche Weise unterscheidet sich auch die Punctation (§. 885) von der Verabredung eines künftigen Vertrages.

5) Die Wirkung eines solchen Uebereinkommens besteht nur darin, daß die Parteien auf die Vollziehung der gemachten Zusage, d. h. auf die wirkliche Abschließung des verabredeten Vertrages (nicht sogleich auf die Erfüllung desselben, in wie fern diese nicht, wie bei Realverträgen mit der Abschließung zusammenfällt) dringen können. Sollten sich hierbei die Parteien über die zu treffenden Nebenbestimmungen nicht einigen können, so wäre vorerst darauf zu sehen, ob das Gesetz selbst für solche Fälle eine suppletorische Bestimmung enthält, welche sohin zur Anwendung kommen müßte; wie wenn z. B. das Darlehen zwar als ein verzinsliches zugesichert, der Zinsfuß aber nicht bestimmt worden wäre, für welchen Fall der §. 994 eine ergänzende Verfügung trifft*). Ist aber eine solche nicht vorhanden, so müßte die Entscheidung wohl, nach der Analogie des §. 904, dem Richter überlassen werden**).

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 207.

**) Nippel meint a. a. O. daß der Promittent diese Nebenbestimmungen nicht nach Willkür festsetzen könne, vorausgesetzt, daß die Erfüllung derselben dem Promissar möglich ist, und daß sie nicht ungewöhnlich sind; allein dieß müßte doch wieder dem Richter zur Beurtheilung überlassen werden.

6) Von dem Rechte, auf die Abschließung des Vertrages zu dringen, kann aber nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß der Zweck desselben nicht mehr erreicht werden kann, mag dieser Zweck ausdrücklich bestimmt worden sein oder aus den Umständen hervorgeleuchtet haben; wenn z. B. die Verabredung getroffen worden wäre, einen Wagen für eine bevorstehende Reise zu miethen, welche aber nicht zu Stande kömmt.

7) Ingleichen entfällt dieses Recht, wenn das Zutrauen des einen oder des andern Theils verloren geht, also z. B. wenn der Concurs über das Vermögen desselben ausbricht, oder derselbe gerichtlich als Verschwender erklärt wird, weil hier anzunehmen ist, daß die Partei, wenn sie eine solche Veränderung der Verhältnisse vorausgesehen hätte, sich nicht zur Abschließung des in Frage stehenden Vertrages verpflichtet haben würde.

8) Das Gesetz bestimmt als die längste Frist, binnen welcher auf die Erfüllung solcher Zusagen gedrungen werden muß, Ein Jahr von dem bedungenen Zeitpunkte (s. oben Z. 3) an gerechnet. Diese Frist kann zufolge der Anordnung §. 1502 durch freiwilliges Uebereinkommen der Parteien wohl abgekürzt, nicht aber erweitert werden.

9) Daß das vorläufige Versprechen sich zu ehelichen, keine Verbindlichkeit nach sich ziehe, weder zur Schließung der Ehe selbst, noch zur Leistung dessen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen wurde, ist im §. 45 ausdrücklich enthalten.

§. 937.

Von dem Verzicht auf Einwendungen.

Allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Giltigkeit eines Vertrages sind ohne Wirkung.

Unbestimmte Verzichtleistungen auf alle gegen die Giltigkeit eines Vertrages möglicher Weise zu erhebenden Einwendungen lassen gemeiniglich auf Mangel an Einsicht und Ueberlegung schließen, und werden meistens rechtsunkundigen Parteien arglistiger Weise abgelockt, daher es die Gesetzgebung für zweckmäßig erachtete, sie gänzlich für wirkungslos zu erklären. Dagegen kann auf einzelne bestimmte Einwendungen (z. B. der Gewährleistung nach §. 929, der Verletzung über die Hälfte nach §. 935) giltig Verzicht geleistet werden. Andererseits ist selbst der Verzicht auf die Rechtswohlthat des Inventariums im §. 803 für wirkungslos erklärt, und im §. 1502 die Verfügung getroffen worden, daß der Verjährung nicht in voraus entsagt werden könne.

Achtzehntes Hauptstück.

Von Schenkungen.

§. 938.

Ein Vertrag, wodurch eine Sache jemand unentgeltlich überlassen wird, heißt eine Schenkung. Schenkung.

§. 939.

Wer auf ein gehofftes, oder wirklich angefallenes, oder zweifelhaftes Recht Verzicht thut, ohne es einem Anderen ordentlich abzutreten, oder dasselbe dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung zu erlassen, ist für keinen Geschenkgeber anzusehen. In wie fern eine Verzichtleistung eine Schenkung sei.

1) Die Schenkung wird von mehreren neueren Rechtslehrern*) nicht zur Lehre von den Obligationen gestellt, sondern in den allgemeinen Theil des Privatrechtes aufgenommen, und es wird hierbei zugleich hervorgehoben, daß sie nicht immer die Natur eines Vertrages an sich trage**). Unser Gesetzbuch ist aber von der älteren Ansicht ausgegangen, und hat die Schenkung als einen Vertrag aufgefaßt, wie sowohl die Einreihung derselben in das achtzehnte Hauptstück des 2. Theiles, als die Begriffsbestimmung des §. 938, und der Wortlaut der §§. 946 und 954 unwiderleglich zu erkennen gibt***).

2) Als die wesentlichen Merkmale einer Schenkung lassen sich folgende hervorheben:

a) Sie ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden; es kann daher eine Erbeseinsetzung oder die Anordnung eines Vermächtnisses, wenn sie gleich auf einem Acte der Freigebigkeit beruhen, und die Bereicherung eines Andern bezwecken, nicht als eine Schenkung angesehen werden†). Dieß schließt die Möglichkeit einer Schenkung auf den Todesfall nicht aus, bei welcher nur die Erfüllung des unter Lebenden abgeschlossenen Rechtsgeschäftes erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll††).

b) Weiters gehört es zum Begriffe der Schenkung, daß sie eine Veräußerung enthalte†††), d. h. daß Etwas aus dem Vermögen

---

*) S. Puchta a. a. O. §. 68. — Savigny, System. Bd. 4, §. 142.

**) Savigny, a. a. O. Bd. 4, §. 160.

***) Vgl. Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 115, gegen Wildner (in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. Jahrg. 1839 I. S. 188.)

†) Savigny, a. a. O. §. 144.

††) In wiefern eine Schenkung auf den Todesfall auch als ein Vermächtniß angesehen werden könne, wird bei §. 956 erörtert werden.

†††) Savigny, a. a. O. §. 145.

des Einen (des Geschenkgebers) ausscheide, und in das Vermögen des Andern übergehe. Deßhalb kann die unentgeltliche Aufbewahrung einer fremden Sache, die unentgeltliche Besorgung fremder Geschäfte in Folge einer Bevollmächtigung, die unentgeltliche Einräumung des Gebrauches einer fremden Sache u. s. w. nicht als eine Schenkung angesehen werden, da hierdurch das Vermögen des Verwahrers, des Machthabers, oder Verleihers nicht vermindert wird; und ebenso wenig ist derjenige als ein Geschenkgeber zu betrachten, der nicht eine schon vorhandene Sache einem Andern überläßt, ein bereits erworbenes Recht aufopfert, sondern nur die mögliche Vermehrung seines Vermögens unterläßt*), z. B. eine Erbschaft, oder ein Vermächtniß ausschlägt, welche dadurch auf den Nachberufenen fallen.

c) Als das dritte Element einer wahren Schenkung erscheint die Bereicherung des Beschenkten, d. h. die Vermehrung seines Vermögens. Bezweckt daher ein Geschäft nicht den Umfang des Vermögens zu erweitern, sondern bloß den Genuß desselben zu sichern**), so gehört es nicht in die Kategorie der Schenkungen, wenn gleich der Eine Theil aus wohlwollender Absicht handelt, und der Andere wirklichen Vortheil aus dieser zieht; es wird mithin die unentgeltliche Uebernahme einer Bürgschaft oder die Bestellung eines Pfandes für eine fremde Schuld dem Gläubiger gegenüber nicht als eine Schenkung zu betrachten sein***). Ebenso entfällt der Begriff derselben, wenn die Bereicherung des Beschenkten dadurch wieder aufgehoben wird, daß er gegenseitig aus dem Seinigen etwas leisten muß, was der Natur einer s. g. causa lucrativa, als der Grundlage aller Schenkung, zuwiderläuft. Höchstens kann dadurch ein aus einem entgeltlichen Geschäfte und aus einer Schenkung vermischter Vertrag entstehen (§. 935), wovon auch bei §. 942 noch weiter die Rede sein wird.

d) Ein weiteres Erforderniß der Schenkung ist es ferner, daß die eben erwähnte Bereicherung des Beschenkten auch in der Absicht des Geschenkgebers gelegen, daß der s. g. animus donandi vorhanden sei, in Folge dessen sich die Schenkung als ein Act des Wohlwollens, der Freigebigkeit (beneficium, liberalitas) darstellt, welche den Vortheil

---

*) Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare. fr. 28. pr. Dig. de verb. sign. (50, 16). — Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit libro XVII Digestorum, donationem valere; neque enim pauperiorem fieri, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuerit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura. fr. 5, §. 13. Dig. de don. inter. vir. et ux. (24, 1). — Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam fr. 14, l. c.

**) Savigny, a. a. O. §. 149.

***) Si fidejussit apud me libertus, vel rem suam pro alio pignori dedit in necem patroni, an Faviana locum habeat, videamus, et num quid cum damno meo non debeat patrono subveniri? neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo. Eoque jure utimur. fr. 1. §. 19. Dig. si quid in fraud. (38, 5).

(utilitas, commodum) des Empfängers bezweckt *). Deßhalb ist die bloße Verlassung einer Sache von Seite des Eigenthümers (§. 362), wenn sie nicht geschieht, um das Eigenthum derselben an einen Andern zu übertragen, so wie die Nichtausübung eines Rechtes, welches eben dadurch verjährt, wiewohl damit eine Bereicherung des Gegners verbunden ist, nicht für eine Schenkung zu halten**), und ingleichen kann es nicht als eine solche betrachtet werden, wenn Jemand eine Sache wissentlich über ihren wahren Werth bezahlt, nicht um durch dieses Uebermaß den Verkäufer zu bereichern, sondern weil sie ihm gerade unentbehrlich ist, oder wenn er sie unter ihrem wahren Werthe hindangibt, weil er sich in einer Nothlage befindet. Eben deßhalb wird auch der Vergleich nach §. 1380 als ein entgeltliches Geschäft angesehen, weil mit der Aufgebung des Rechtes dem Gegner nicht eine Liberalität bewiesen, sondern das Ungewisse und Kostspielige eines Rechtsstreites vermieden werden will.

e) Endlich muß nach österreichischem Rechte, welches die Schenkung als einen Vertrag auffaßt, auch noch die Annahme (§. 861) von Seite des Beschenkten, also die Einwilligung desselben in die ihm zugedachte Bereicherung hinzutreten, um den Begriff der Schenkung vollständig zu machen (vgl. auch § 956) ***). Auf diesem Grunde beruht auch die Verfügung des §. 939, wobei nur zu erinnern kommt, daß die Annahme nicht immer ausdrücklich zu geschehen braucht, sondern nach §. 863 auch stillschweigend durch solche Handlungen (z. B. die Uebernahme der Schenkungsurkunde) erklärt werden kann, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln übrig lassen †).

3) Werden diese wesentlichen Erfordernisse einer Schenkung vorausgesetzt, so kann sie sohin unter den verschiedensten Gestalten auftreten. Am häufigsten erscheint sie als Uebertragung des Eigenthums, wo-

---

*) Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur. fr. 1. pr. Dig. de don. (39, 5).

**) Savigny, a. a. O. §. 152.

***) Wohl heißt es auch im römischen Rechte fr. 19. §. 2. Dig. de don. (39, 5) non potest liberalitas nolenti acquiri, — vgl. jedoch Savigny, a. a. O. §§. 142 u. 160.

†) Vgl. den von Dr. Zrza dargestellten Rechtsfall in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1826 I. S. 346. Andreas X. hatte in demselben zu Gunsten seiner zwei ehelichen Kinder auf den ihm gebührenden Erbtheil aus der Verlassenschaft seiner Gattin Verzicht geleistet, und diesen ganzen Erbtheil seinen zwei Kindern freiwillig geschenkt, worüber er eine von ihm und von zwei Zeugen unterschriebene Urkunde ausfertigte. Die Beschenkten veranlaßten hierüber die Kundmachung dieser Schenkungsurkunde bei der Verlassenschaftsabhandlungs-Instanz ihrer Mutter, und überreichten, gestützt auf diese Schenkung ihres Vaters, die Erbserklärung zu der ganzen mütterlichen Verlassenschaft. Das Gericht sah hierin (wie uns scheint mit vollem Rechte) eine stillschweigende Annahme von Seite der Beschenkten.

fern nur dieses dem Geschenkgeber selbst gebührt hat*). Hinsichtlich einer fremden Sache dient die Schenkung nach §. 1461 als Titel der Ersitzung; welche weiteren Folgen sie aber nach sich ziehe, wird sich bei der Erläuterung des §. 945 zeigen. — Weiter können auch Dienstbarkeiten den Gegenstand einer Schenkung bilden**), indem z. B. der Eigenthümer unentgeltlich eine solche bestellt***), oder der Dienstbarkeitsberechtigte sie dem Eigenthümer unentgeltlich erläßt, oder, in so fern dieß überhaupt statthaft ist (wie beim Fruchtgenusse), an einen Andern überläßt†). Eine zweite Art der Schenkung besteht darin, daß Jemand durch eine ihm verschaffte Schuldforderung (ein persönliches Sachenrecht) bereichert wird††), und zwar, indem diese zu Gunsten des Beschenkten erst erzeugt wird, wie wenn Jemand, der nicht dazu verpflichtet ist, dem Ehemanne ein Heirathsgut bestellt, womit, wenn nichts anders bedungen wurde, immer eine Schenkung an die Ehegattin verknüpft ist, da ihr das Heirathsgut nach dem Tode des Mannes anheimfällt (§. 1229), oder indem man eine schon bestehende Forderung ohne Entgelt an Jemanden abtritt (§. 1397)†††). — Endlich macht nach §. 138 auch derjenige eine Schenkung, welcher dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung ein unstreitiges oder zweifelhaftes Recht unentgeltlich erläßt*†); eine einseitige Verzichtleistung würde nach dem Obigen (§. 939) auch hier nicht genügen, womit jedoch, wie ebenfalls schon früher bemerkt wurde, der Fall einer stillschweigenden Annahme von Seite des Verpflichteten, nicht verwechselt werden darf**†). Endlich kann auch die Forderung, durch deren Tilgung eine Schenkung bewirkt werden soll, einem Andern als dem Schenkenden zugestanden haben, wie wenn Jemand die Schuld eines Andern bezahlt***†) oder im Expromis-

*) Savigny, a. a. O. §. 155.

**) Keineswegs aber das Pfandrecht aus dem schon oben (S. 120) entwickelten Grunde.

***) Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: *Quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti*. fr. 27. Dig. de don. (39, 5). — Vgl. auch fr. 17. Dig. comm. praed. (8, 4).

†) Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit utitur. Sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti, atque ideo retinere usumfructum. fr. 12. §. 2. Dig. de usufr. (7, 1).

††) Savigny, a. a. O. §. 157.

†††) So heißt es in der const. 2. u. 3. Cod. de donat. (8, 54): Si nominis persecutionem in te emancipatam pater tuus titulo donationis transtulit, frustra praetendit, qui debitori tuo heres exstitit, consensum fuisse debitoris necessarium, quum satis fuerit actiones eo nomine sibi mandatas fuisse. — Spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri, non inmerito placuit.

*†) Prockner (Dr. F. K.): Ueber den vertragsmäßigen Schuldenerlaß (in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1836. II. S. 216.)

**†) Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. fr. 2. §. 1. Dig. de pact. (2, 14).

***†) Si uxor rem emit, et maritus pretium pro ea numeravit, interdum dicendum est, totum a muliere repetendum, quasi locupletior ex ea in

sionswege übernimmt*), ohne seinerseits dafür Ansprüche gegen den Schuldner zu stellen; nur muß hier nach österreichischem Rechte die Einwilligung des Letzteren hinzukommen, um eine vertragsmäßige Schenkung zu begründen**). Der Ausdruck Sache muß demnach im §. 938 im weiteren Sinne verstanden werden, in welchem er nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Rechte, und zwar dingliche und persönliche Sachenrechte in sich begreift.

5) Mehrere ausgezeichnete Civilisten***) heben als einen besondern Fall der Schenkung hervor, wenn durch dieselbe dem Beschenkten eine Forderung an den Geber verschafft wird; indem hier die Bereicherung schon durch das bloße Versprechen (das s. g. Schenkungsversprechen) vollständig bewirkt werde, so daß das nachfolgende Geben als die bloße Bezahlung einer schon bestehenden Schuld erscheine†); nach älterem Rechte konnte eine solche Schenkung nur durch Stipulation oder einen Literalcontract bewirkt werden, bis Justinian auch die formlosen Verträge für klagbar erklärte, und so das gewöhnliche Schenkungsversprechen den Consensualverträgen gleichstellte ††). Nach dem österr. b. G. B. muß die Schenkung überhaupt unter diese Gattung der Verträge eingereiht werden, so daß die Uebergabe der geschenkten Sache nicht zum Wesen des Vertrages, sondern nur zur Erfüllung desselben gehört; doch werden wir bei der Erläuterung des §. 943 sehen, in wiefern einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage nicht die gleiche Wirksamkeit, wie anderen Schenkungen eingeräumt sei.

§. 940.

Es verändert die Wesenheit der Schenkung nicht, wenn sie aus Erkenntlichkeit, oder in Rücksicht auf die Verdienste Belohnende Schenkung.

---

solidum facta sit, utputa si emit quidem rem mulier, et debeat pecuniam, maritus autem a venditore eam liberavit. Quid enim interest, creditori solvat an venditori? fr. 7. §. 7. Dig. de don. int. (24, 1).

*) Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti. Factum valet; ille enim suum recepit. fr. 21. pr. Dig. de don. (39, 5) u. a. m.

**) Daß nach römischem Rechte eine Schenkung dieser Art ohne Wissen, ja selbst gegen den Willen des Schuldners geschehen konnte, geht schon daraus hervor, daß dort zum Begriffe der Schenkung die Natur eines Vertrages nicht erforderlich war. Auch nach österr. Rechte ist eine solche Intervention, wie von Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 114) ganz richtig hervorgehoben wurde, ohne Zweifel giltig, denn der §. 1423 sagt nur, daß die Zahlung dem Gläubiger ohne Einwilligung des Schuldners von einem Dritten nicht aufgedrungen werden könne, erklärt es aber keineswegs für ungiltig, wenn er sie freiwillig annimmt, nur kann hier allerdings von einem Schenkungsvertrage, der jederzeit die Annahme des Beschenkten voraussetzt, keine Rede sein.

***) Puchta, a. a. O. §. 70. — Savigny, a. a. O. §. 157.

†) Aeque bonis annumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur. fr. 49. Dig. de verb. sign. (50, 16).

††) Const. 35. §. 5. Cod. de don. (8, 54). — §. 2. Inst de don. (2, 7) und Nov. 161. cap. 1.

des Beschenkten; oder als eine besondere Belohnung desselben gemacht worden ist; nur darf er vorher kein Klagerecht darauf gehabt haben.

§. 941.

Hat der Beschenkte ein Klagerecht auf die Belohnung gehabt, entweder, weil sie unter den Parteien schon bedungen oder durch das Gesetz vorgeschrieben war; so höret das Geschäft auf, eine Schenkung zu sein, und ist als ein entgeltlicher Vertrag anzusehen.

Wir haben oben (S. 120) bemerkt, daß der s. g. animus donandi, d. h. die auf die Bereicherung des Empfängers gerichtete Absicht zum Wesen der Schenkung gehöre; doch darf das nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als ob jedes andere hinzutretende Motiv, wenn es auch gerade nicht auf einem Wohlwollen, z. B. dem Wunsche, sich Jemanden durch eine Schenkung geneigt zu machen, beruht, das Vorhandensein einer Schenkung ausschließe. Insbesondere kann dieß auch dann nicht behauptet werden, wenn das Motiv der Dankbarkeit der Schenkung zum Grunde liegt, welche sohin mit dem Namen einer remuneratorischen Schenkung bezeichnet zu werden pflegt*). Diese ist allerdings eine wahre Schenkung. Nur in zwei Fällen konnte sie nach römischem Rechte nicht als solche betrachtet werden, nämlich a) wenn Jemand für die Rettung seines Lebens ein Geschenk gibt**); und b) wenn die Dienstleistung, für welche die Belohnung erfolgte, eine gewerbliche Natur hat, so daß gemeiniglich ein Lohn dafür entrichtet wird, der nur in einem bestimmten Falle nicht insbesondere bedungen wurde***). Unser b. G. B. hat aber in Ansehung des ersten Falles keine Ausnahme festgesetzt, hinsichtlich des zweiten aber die Bestimmung getroffen, daß der Begriff der Schenkung nur dann entfalle, wenn der Beschenkte bereits ein Klagerecht auf die Belohnung hatte†). Deßhalb kann die Verabreichung der einem Vormunde oder Curator (nach §§. 266, 267 und 282) gebührenden Belohnung, die Entrichtung des Finderlohnes (§. 391), der Rettungslohn (§. 403), die Belohnung des Erben im Falle des §. 670, die für die Besorgung eines fremden Geschäftes auch nur stillschweigend nach dem Stande des Geschäftsträgers bedungene Belohnung (§. 1004), sowie das Honorar eines Rechtsfreundes, Arztes, Wundarztes, Factors, Provisors, Künstlers u. s. w. (1163) nicht als eine Schenkung ange-

---

*) Savigny, a. a. O. §. 153.

**) Si quis aliquem a latronibus vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est, nam merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. fr. 34. §. 1. Dig. de don. (39, 5).

***) S. fr. 27. Dig. l. c.

†) L. A. Dierl, einige Worte über die Wesenheit einer Schenkung, im Juristen Bd. 15, S. 302.

sehen werden. Uebrigens müssen in jedem einzelnen Falle die factischen Verhältnisse genau erwogen werden, um entscheiden zu können, ob wirklich eine Schenkung oder ein entgeltlicher Vertrag vorhanden sei *).

§. 942.

Sind Schenkungen vorher dergestalt bedungen, daß der Schenkende wieder beschenkt werden muß; so entsteht keine wahre Schenkung im Ganzen, sondern nur in Ansehung des übersteigenden Werthes. Wechselseitige Schenkungen.

1) Es gehört, wie schon oben (S. 120) gezeigt wurde, zum Wesen der Schenkung, daß sie unentgeltlich erfolge, d. h. daß der Leistung keine Gegenleistung, und zwar in Folge einer übernommenen Verpflichtung, entgegenstehe. Deßhalb fällt der Begriff der Schenkung noch nicht hinweg, wenn sie bloß aus freiem Willen auf eine vorausgegangene Schenkung erfolgte, weil, wie ebenfalls schon angedeutet wurde, das entferntere Motiv bei der Schenkung nicht entscheidet, wenn nur die Absicht auf die Bereicherung des Empfängers gerichtet erscheint; wechselseitige Schenkungen an und für sich genommen sind immerhin als wahre Schenkungen zu betrachten. Anders ist es aber, wenn bei der ersten Schenkung in voraus bedungen wurde, daß der Empfänger den Schenkenden wird beschenken müssen; denn hier nimmt die zweite Schenkung die Natur einer Gegenleistung an, und beide Schenkungen verwandeln sich in einen entgeltlichen Vertrag.

2) Dasselbe ist der Fall, wenn überhaupt der Gabe, die als Geschenk gelten soll, eine Gegenleistung gegenüber steht. Doch kann hier (wie im vorhergehenden Falle) ein aus einer Schenkung oder aus einem entgeltlichen Vertrage gemischtes Geschäft entstehen, wenn nämlich die Eine Gabe einen geringeren Werth hat als die andere, indem hier rücksichtlich des übersteigenden Werthes eine wirkliche Bereicherung des Empfängers eintritt, welche, wenn auch die Absicht des Gebers darauf gerichtet war, eine wahre Schenkung begründet. Würde also z. B. eine Sache, die 5000 fl. werth ist, zur Bereicherung des Käufers um 2000 fl. verkauft, so ist dieß ein wahrer Kauf, verbunden mit einer Schenkung von 3000 fl. — Doch muß hier in jedem einzelnen Falle noch insbesondere berücksichtigt werden, ob nicht etwa ein bloßes Scheingeschäft zum Grunde liegt, auf welches sohin der §. 916 anzuwenden käme.

3) Der donatio sub modo **), d. i. derjenigen Schenkung, welche mit einer Verpflichtung des Beschenkten verbunden ist, die einen Theil der ursprünglichen Bereicherung wieder aufhebt, geschieht in unserem

---

*) S. z. B. Tausch, Rechtsfälle aus dem Civil- und Criminalrechte. Wien, 1852. S. 54.

**) S. den 55. Tit. im 8. B. des Cod. de donationibus, quae sub modo — — — conficiuntur, und Savigny, a. a. O. §. 175.

Gesetze nicht ausdrückliche Erwähnung; wir müssen also die darauf bezüglichen Bestimmungen im Wege der Analogie zu entwickeln versuchen. Enthält nun der Modus eine Leistung an den Geschenkgeber selbst, so dürften darauf die eben angeführten Grundsätze über die wechselseitigen Schenkungen zur Anwendung zu kommen haben. Besteht die Verpflichtung in einer Leistung an einen Dritten, so findet eine Klage auf Erfüllung derselben nicht statt, da überhaupt nach §. 881 in der Regel Niemand für einen Andern giltig ein Versprechen machen oder annehmen kann. Bildet endlich den Inhalt des Modus eine Handlung, wodurch kein Einzelner ein Recht erwirkt, z. B. die Errichtung eines Denkmals, die Gründung einer öffentlichen Anstalt*), so dürfte dieselbe als ein Auftrag anzusehen sein, welcher selbst wieder die Natur einer auflösenden Bedingung an sich trägt (vgl. oben S. 72); die Nichterfüllung einer solchen Erfüllung würde demnach die Verwirkung des erhaltenen Geschenkes herbeiführen (§. 709), und wenn die Erfüllung unmöglich ist, würde nach §. 894 die Schenkung selbst als ungiltig erscheinen**).

4) Würde einer Schenkung eine wirkliche Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt, so kommen darauf die §§. 897—900 (s. oben S. 69) zur Anwendung.

§. 943.

Form des Schenkungsvertrags.

Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht. Dieses Recht muß durch eine schriftliche Urkunde begründet werden.

1) Im Allgemeinen ist bei der Abschließung von Rechtsgeschäften die vollste Freiheit des individuellen Willens als Regel anzusehen, und eben so macht die Verschiedenheit der Form, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied (§. 883). Allein schon im älteren Rechte bestanden hiervon Ausnahmen in Ansehung der Schenkungen, damit nicht der gutmüthige, arglose Leichtsinn durch den besonnenen Eigennutz in Nachtheil komme***); man betrachtete sie als gefährlich, nicht bloß mit Rücksicht auf die, vielleicht unüberlegte Auswahl der beschenkten Person, sondern auch in Beziehung auf den Entschluß des Schenkenden selbst, sich willkürlich einen Theil seines Vermögens zu entziehen, der bestimmt war, von ihm beherrscht und für seine Zwecke verwendet zu werden†).

---

*) Savigny, a. a. O. §. 175.

**) Anders war es nach römischem Rechte, wo der Modus bei Schenkungen in dieser Beziehung jenem bei letzten Willenserklärungen völlig gleichgestellt war. S. const. 8. Cod. de cond. ob caus. (4, 6).

***) Savigny, a. a. O. 142.

†) Savigny, a. a. O. §. 144.

Die Beschränkungen, welche man deßhalb einzuführen für nöthig fand, bestanden theils in gewissen erschwerenden Formen, theils in dem Verbote der Schenkungen unter bestimmten Personen (z. B. Ehegatten), theils endlich in dem Rechte des Widerrufes, welches dem Geschenkgeber unter gewissen Voraussetzungen eingeräumt wurde.

Was erstens die erschwerenden Formen betrifft, durch welche man dem gutmüthigen Leichtsinne zu Hilfe zu kommen suchte, so bestanden sie nach neuerem römischen Rechte nur mehr in der gerichtlichen Insinuaction, welche für Schenkungen über 500 Solidos vorgeschrieben war*). Unser österr. b. G. B. fordert dagegen entweder die sogleiche Uebergabe der geschenkten Sache, oder die Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde von Seite des Geschenkgebers.

2) Was zur Uebergabe einer Sache (oder eines Rechtes) nothwendig sei, muß nach allgemein geltenden Grundsätzen beurtheilt werden; durch den Ausdruck „wirkliche" Uebergabe wollte hier wahrscheinlich nur der Gegensatz zwischen einem sogleich erfüllten und einem bloß abgeschlossenen Vertrage angedeutet, keineswegs aber bestimmt werden, daß jederzeit eine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand nothwendig sei, da viele Gegenstände auf diese Art gar nicht übergeben werden können**). Es wird also bei der Schenkung einer beweglichen Sache auch die Uebergabe durch Zeichen oder durch Erklärung als statthaft erscheinen. Bei unbeweglichen Gütern und bei der Einräumung eines dinglichen Rechtes (z. B. des Fruchtgenusses) auf denselben wird dort, wo öffentliche Bücher bestehen, die Eintragung in dieselben erforderlich sein. Bei der Abtretung von Forderungen wird die Uebergabe unseres Erachtens (Bd. I, S. 811 d. W.) durch die Aushändigung der Schuldbriefe, mögen sie auf den Ueberbringer oder auf einen bestimmten Namen lauten, bewerkstelligt. Auch bei dem Schulderlasse würde es nach unserer Ansicht genügen, wenn die darüber bestehende Urkunde dem Schuldner ausgehändigt wird. Prockner***) meint zwar, daß die Innehabung des Schuldscheines nach §. 1428 nur die Vermuthung der Zahlung begründe, und daß §. 427, weil er bloß von Cessionen handle, hier nicht anwendbar sei; allein die ersterwähnte Vermuthung kann recht wohl mit unserer Behauptung bestehen, indem auch wir es für richtig halten, daß der erfolgten Uebergabe ein giltiger Rechtstitel (hier der unentgeltliche Erlaß) zum Grunde liegen müsse, der zwar eben zu Folge der erwähnten Vermuthung nicht vom Schuldner dargethan zu werden braucht, dessen (vom Gegentheile) erwiesener Mangel aber allerdings die Anerkennung des fortwährenden Bestandes der Forderung nach sich ziehen müsse; — und ebenso scheint uns die Einschränkung des §. 427 bloß auf Cessionen durch nichts gerechtfertigt. — Bestünde aber keine Schuldurkunde über die erlassene Forderung, oder könnte sie der Gläubiger dem Schuldner nicht aushändigen, dann scheint uns allerdings die Ausfertigung einer

---

*) Savigny, a. a. O. §§. 165—167.

**) S. Dr. Helm, Kritik einiger bei der Auslegung der Gesetze vorkommender Regeln, in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1828. II. S. 264.

***) A. a. O. in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1836. II.

schriftlichen Schenkungsurkunde (hier einer Erlaßquittung) erforderlich, da nunmehr eine symbolische Uebergabe (nach §. 427) nicht erfolgen kann; die Uebergabe durch Erklärung (§. 428) aber ebenfalls nicht als anwendbar erscheint*).

3) Wird die Schenkung nicht durch Uebergabe des geschenkten Gegenstandes sogleich vollzogen, so muß das Schenkungsversprechen durch eine schriftliche Urkunde begründet werden, welche von dem Geschenkgeber unter den allgemein vorgeschriebenen Förmlichkeiten ausgestellt werden muß. Allerdings ist auch in diesem Falle die Annahme des Beschenkten nothwendig (s. oben S. 121); sie braucht aber nicht schriftlich zu geschehen, da der §. 943 dieses Erfordernisses keine Erwähnung thut, während dessen bei einer besonderen Art der Schenkungen, nämlich bei der Schenkung auf den Todesfall, im §. 956 insbesondere erwähnt wird*).

4) Ist über die Schenkung weder eine schriftliche Urkunde ausgefertigt, noch die geschenkte Sache bereits übergeben worden, so ist zwar der Schenkungsvertrag nicht geradezu ungiltig, aber es erwächst daraus dem Beschenkten kein Klagerecht. Die Folge hiervon ist, daß zwar der Geschenk-

---

*) Winiwarter (bürgl. Recht. Bd. 4. S. 120) und Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 221) meinen zwar, daß zur Begründung einer Schenkung durch Schulderlaß in dem von mir vorausgesetzten Falle eine schriftliche Urkunde nicht nöthig sei, weil die Uebergabe durch den Act der Erlassung selbst als vollzogen anzusehen sei, da sich die geschenkte Sache schon in den Händen des befreiten Schuldners befindet, und da auch der §. 1444 die Entsagung des Gläubigers an keine bestimmte Form knüpft. Bezüglich des ersten Grundes scheint uns aber eine Verwechslung des Gegenstandes der Forderung (z. B. des dargeliehenen Geldes), mit der Forderung selbst einzutreten. Ersterer befindet sich allerdings in den Händen des Beschenkten, er ist aber nicht Gegenstand der Schenkung, sondern dieß ist die wohl davon zu unterscheidende Forderung, die nicht auf die Rückgabe der nämlichen Sache, sondern nur auf ein bestimmtes Quantum und Quale gerichtet erscheint. — Was aber die aus §. 1444 hergeholte Einwendung betrifft, so wird sie damit beseitigt, daß dieser Paragraph überhaupt nicht die Form, sondern nur die Wirkungen eines solchen Verzichtes festsetzen wollte. — Unsere Ansicht ist übrigens auch die der Gerichte. — So wurde schon in einem von Kubasta (in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1841. II. S. 121) mitgetheilten Rechtsfalle in erster und zweiter Instanz nach derselben entschieden. A hatte nämlich den B verwundet, und auf die von demselben eingebrachte Entschädigungsklage eingewendet, daß ihm B gleich am Orte der That über sein (des A) Anerbieten, die Heilungskosten zu bestreiten, dieselben geschenkt habe. Beide Instanzen gaben dieser Einwendung nicht statt, sondern verurtheilten den A in den Ersatz der Heilungskosten. — In einem andern Falle hatte K—h von seinem Vater ein Darlehen von 308 fl. 20 kr. erhalten. Nach dem Tode desselben wurde er von seinen Miterben auf die Rückzahlung desselben geklagt, er wendete hiergegen ein, daß ihm sein Vater auf dem Todtenbette gegen Erlag der Zinsen das Darlehenscapital geschenkt, respective dessen Rückzahlung (mündlich) erlassen habe, worüber er den Beweis durch Zeugen anbot. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Urtheil vom 26. September 1854, Z. 9717 (allg. österr. Ger. Ztg. 1855, Nr. 7) in Bestätigung des erstrichterlichen Erkenntnisses diesen bloß mündlichen Schulderlaß für ungenügend, die Einwendung des Geklagten zu begründen, und verurtheilte diesen zur Rückzahlung der geforderten Summe.

**) Zur Behebung jeden Zweifels siehe Nippel in seinen Materialien (S. 131).

geber, wenn er in der Folge dennoch freiwillig die Schenkung vollzogen hätte, das Geleistete nicht wieder zurückfordern kann (§. 1432), daß ihn aber der Beschenkte hierzu im Klagewege zu verhalten nicht berechtigt erscheint. Ebensowenig könnte aber eine solche Schenkung auch in Form einer Einrede geltend gemacht werden, wie z. B. bei dem Schulderlasse der Fall sein kann, wenn der Schuldner in der Folge dennoch auf Zahlung der geschenkten Summe belangt würde*), und ingleichem kann auch die Forderung aus einer bloß mündlichen Schenkung nicht zur Compensation verwendet werden, da sie nicht mit jener Forderung als gleichartig betrachtet werden kann, welche nach dem Gesetze ein Klagerecht nach sich zieht.

§. 944.

Ein unbeschränkter Eigenthümer kann mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften auch sein ganzes gegenwärtiges Vermögen verschenken. Ein Vertrag aber, wodurch das künftige Vermögen verschenket wird, besteht nur in so weit, als er die Hälfte dieses Vermögens nicht übersteiget. und Maß einer Schenkung.

1) Hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zur Abschließung von Schenkungsverträgen kommen die allgemeinen Grundsätze (§§. 865—868) zur Anwendung; nur die deutschen Ordensritter und Priester müssen nach §. 10 des Patentes vom 28. Juni 1840, Nr. 451 der J. G. S. bei Schenkungen, welche den Betrag von 300 Ducaten übersteigen, hierzu früher die Einwilligung des Hoch- und Deutschmeisters einholen.

2) Eine Schenkung kann sich übrigens nicht nur auf einzelne Sachen oder Rechte, sondern auch auf das ganze Vermögen erstrecken, wie dieß schon im römischen Rechte anerkannt war**). Nach diesem konnte eine solche Schenkung niemals als eine successio per universitatem, einer Erbschaft gleich, betrachtet werden***), und dieser Grundsatz muß wohl auch nach österreichischem Rechte gelten. Die Folge davon ist, daß das Eigenthum der einzelnen Vermögens-Bestandtheile nur durch die Uebergabe derselben insbesondere erworben werden kann. Uebrigens muß unter dem Ausdrucke „Vermögen" nicht nur der Inbegriff der Rechte, sondern auch der Verbindlichkeiten des Geschenkgebers verstanden werden, daher die zur Zeit einer solchen Schenkung schon vorhandenen Gläubiger allerdings das Recht haben werden, auf Widerruf derselben zu dringen, insoweit sie dadurch verkürzt worden wären, worüber bei §. 953 das Weitere wird erörtert werden.

3) Ob eine auch das künftige Vermögen umfassende Schenkung nach römischem Rechte ungiltig sei, ist unter den Rechtslehrern streitig †). Unser a. b. G. B. hat ihr nur eine theilweise Wirksamkeit eingeräumt, da es

---

*) Vgl. den zweiten, in der vorigen Note angeführten Rechtsfall.
**) Const. 35. §. 4. Cod. de don. (8, 54).
***) Vgl. die eben angeführte Stelle und fr. 72. pr. Dig. de jure dot. (23, 3); dann Savigny a. a. O. §§. 105 und 159.
†) Vgl. Savigny, a. a. O. §. 159 und Puchta, a. a. O. §. 71.

wohl unstatthaft ist, daß sich Jemand die Möglichkeit, einen ferneren Einfluß auf das Schicksal seines Vermögens zu üben, gänzlich entziehe. Es besteht also ein derartiger Vertrag nur in so weit, als er die Hälfte des künftigen Vermögens nicht übersteigt; und zwar ohne Unterschied, ob in der Schenkung auch das gegenwärtige Vermögen begriffen wurde oder nicht. Wäre aber die Schenkung überhaupt auf das Vermögen, ohne näheren Beisatz, gerichtet gewesen, so könnte darunter, zufolge der Auslegungsregel des §. 915, nur das gegenwärtige Vermögen verstanden werden.

4) Eine solche Schenkung erheischt übrigens keine andern Förmlichkeiten, als die allgemein vorgeschriebenen, daher der Beisatz des §. 944: „mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften" eigentlich als überflüssig erscheint und sich wahrscheinlich nur aus dem galizischen Gesetzbuche irrthümlicher Weise eingeschlichen haben dürfte*).

5) Da bei einer Schenkung des künftigen Vermögens die Uebergabe der einzelnen Vermögensstücke nicht sogleich erfolgen kann, so muß sie, um völlig wirksam zu sein, durch eine schriftliche Urkunde bekräftigt werden (§. 943). Der Beschenkte erlangt sohin das Recht, bei jedem einzelnen Acte des Vermögenserwerbes von Seite des Geschenkgebers auf die Einräumung der Hälfte des Erworbenen zu dringen, und es kann ihm nicht zugemuthet werden, etwa den Tod des Schenkenden abzuwarten und dann erst seinen Anspruch auf die Hälfte des Nachlasses geltend zu machen, da hierdurch eine Schenkung des künftigen Vermögens eigentlich als eine Schenkung auf den Todesfall betrachtet würde, was im Gesetze durchaus nicht angeordnet erscheint.

6) Nach dem bisher Gesagten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Schenkung des gegenwärtigen Vermögens mit Beschränkung auf einen aliquoten Theil desselben, oder unter Vorbehalt gewisser Rechte, z. B. des lebenslangen Fruchtgenusses, allerdings als statthaft erscheint, und daß auch ein aliquoter Theil des künftigen Vermögens giltig verschenkt werden könne, wenn er nur die Hälfte dieses Vermögens nicht übersteigt.

§. 945.

In wie fern der Geber für das Geschenkte hafte.

Wer wissentlich eine fremde Sache verschenkt, und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt, haftet für die nachtheiligen Folgen.

1) Die Gewährleistung, sowohl im Falle der Eviction, als wegen Mängel der Sache findet nach der Regel des §. 922 nur bei entgeltlichen Verträgen statt; sie kann daher bei Schenkungen nicht gefordert werden. Wird also dem Beschenkten die geschenkte Sache evincirt, so hat er deßhalb allein keinen Anspruch auf Ersatz (§. 931), und dieses selbst dann nicht, wenn das Schenkungsversprechen sich nur auf eine Sache von einer gewissen Gattung (ein genus), z. B. eine Uhr, bezogen hätte. Dr. Minasiering meint zwar, daß in diesem Falle der Geschenkgeber zur Gewähr-

*) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 122.

leistung verbunden sei, weil die Uebergabe der versprochenen Sache ein entgeltliches, für sich bestehendes Geschäft ist, und durch die Befreiung des Schenkenden von seiner Verbindlichkeit vergolten werde (Ueber die Verbindlichkeit des Geschenkgebers bei der Schenkung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache zur Gewährleistung; in der Zeitschr. für österreich. Rechtsgel. 1837, II., S. 112); allein mit Recht hat schon Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 86) hiergegen eingewendet, daß man durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, zwar allerdings von seiner Verbindlichkeit befreit werde (§. 1412), daß aber diese Befreiung nicht die Vergeltung der Leistung, sondern nur die unmittelbare Folge derselben ist, und daß die Aufhebung einer Verbindlichkeit nur dann als ein selbstständiges, der Beschaffenheit und den Rechtswirkungen nach von derselben verschiedenes Rechtsgeschäft angesehen werden könne, wenn dazu ein neuerliches Uebereinkommen (wie bei der Entsagung, dem Neuerungsvertrage u. dgl.) nothwendig ist*). Hätte dagegen Jemand eine Sache einer gewissen Gattung ausdrücklich aus seinem Vermögen versprochen (z. B. Eine seiner Uhren), und es wäre die übergebene Sache dem Beschenkten entwährt worden; so ist der Geschenkgeber allerdings verpflichtet, statt derselben eine andere, ihm wirklich gehörige Sache dieser Gattung (eine andere von seinen Uhren) zu übergeben**), denn er hat hier seine Verbindlichkeit eben so wenig erfüllt, als wenn er z. B. statt der versprochenen Uhr in der Abenddämmerung ein Spielzeug, welches einer Uhr ähnlich ist, übergeben hätte.

2) Wenn aber auch bei Schenkungen die Gewährleistung wegen Eviction des Geschenkes nicht stattfindet, so legt das Gesetz dennoch dem Geschenkgeber die Haftung für die nachtheiligen Folgen auf, welche dem Beschenkten daraus erwachsen, daß ihm eine fremde Sache übergeben wurde. Derlei Nachtheile können z. B. in den Proceßkosten bestehen, welche für den Geschenknehmer in dem Entwährungsprocesse aufgelaufen sind, oder in dem Aufwande, den er auf die geschenkte Sache gemacht hat, und dessen Vergütung er von dem Eigenthümer nicht erlangen konnte. Den Ersatz dieses Schadens — nicht aber auch den Werth der evincirten Sache — muß der Geschenkgeber allerdings leisten, aber nur dann, wenn ihm ein Verschulden (§. 1295) darin zur Last fällt, daß er wissentlich eine fremde Sache verschenkt und diesen Umstand dem Beschenkten verschwiegen hat. Befand er sich selbst im Irrthume, oder hat er das obwaltende Verhältniß dem Geschenknehmer mitgetheilt, so ist er auch von der Pflicht der Schadloshaltung befreit.

3) Ist die geschenkte Sache mit Mängeln behaftet, so findet eine Gewährleistung eben so wenig statt, denn wer eine Sache verschenkt, will sie nur in der Beschaffenheit, worin sie sich befindet, überlassen. Erlangt der Beschenkte auch nicht allen Vortheil, den er von dem Geschenke etwa

*) Auch Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 226) und Helfert in seinem Aufsatze über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1825. I. S. 111) stimmen der eben entwickelten Ansicht bei.

**) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 85.

erwartete, so leidet er doch selbst keinen Nachtheil an seinem Vermögen, und es kann daher den Geschenkgeber dießfalls keine Haftung treffen, und zwar um so weniger, als Schenkungen von Anfange wohlthätige Handlungen sind, und es auch in ihren Folgen bleiben müssen, wenn die Menschen nicht abgeschreckt werden sollen, Wohlthaten zu üben*).

4) Der Entwurf zu unserem a. b. G. B. enthält (im III. Theile §. 662) die Bestimmung: „wer ein fremdes Gut oder eine gefährliche Sache, z. B. einen wüthenden Hund, wissentlich verschenkt und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt, haftet für die nachtheiligen Folgen". Das Gesetzbuch selbst hat nun den Beisatz „oder eine gefährliche Sache" weggelassen, was aber nun die Folge hat, daß auf einen solchen Fall nunmehr die allgemeinen Grundsätze über den Schadenersatz (§. 1295) zur Anwendung kommen müssen. Der Geschenkgeber würde also zwar einen solchen Mangel nicht im Sinne des §. 932 zu vertreten, aber allerdings den Schaden, den er dadurch aus seinem Verschulden dem Beschenkten verursacht hat, zu ersetzen verpflichtet sein.

5) Ist die geschenkte Sache noch vor der Uebergabe, im Besitze des Schenkers, zu Grunde gegangen oder beschädigt worden, so trifft ihn eine Haftung nur in so weit, als die Erfüllung des Vertrages aus seinem eigenen Verschulden unmöglich wurde, und zwar nicht aus dem Grunde der Gewährleistung, welche die bereits vollzogene Uebergabe voraussetzt, wohl aber auf Grundlage der allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz.

§. 946.

Unwiderruflichkeit der Schenkungen.

Schenkungsverträge dürfen in der Regel nicht widerrufen werden.

Verträge dürfen überhaupt nicht beliebig widerrufen werden, und diese Regel gilt auch bei Schenkungen; doch gestattet das Gesetz hievon einige Ausnahmen, in Folge deren entweder der Geschenkgeber selbst kraft einer in dem Willen desselben vorgegangenen Veränderung (§§. 947, 948, 954 und 1247), oder dritte Personen (die Unterhaltsberechtigten nach §. 950; — die Notherben nach §§. 951 und 954 und die verkürzten Gläubiger nach §. 953) das Recht des Widerrufes üben können**).

§. 947.

Ausnahmen: 1) wegen Dürftigkeit;

Geräth der Geschenkgeber in der Folge in solche Dürftigkeit, daß es ihm an dem nöthigen Unterhalt gebricht; so ist er befugt, jährlich von dem geschenkten Betrage die gesetzlichen Zinsen, in so weit die geschenkte Sache oder derselben Werth

---

*) Helfert, a. a. O.

**) Aus welchen Gründen eine im Auslande gemachte Schenkung in den Ländern des österr. Gesetzbuches widerrufen werden könne, erörtert ausführlich K. F. Prockner im Juristen. Bd. 17, S. 363.

noch vorhanden ist, und ihm der nöthige Unterhalt mangelt, von dem Beschenkten zu fordern, wenn sich anders dieser nicht selbst in gleich dürftigen Umständen befindet. Aus mehreren Geschenknehmern ist der frühere nur in soweit verbunden, als die Beiträge der späteren zum Unterhalte nicht zureichen.

1) Die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen gründet sich auf ähnliche Betrachtungen, wie die Vorschriften des römischen Rechtes über das dem Geschenkgeber zustehende beneficium competentiae*); man hielt es nämlich für billig, daß Derjenige, der oft auf eine väterliche Weise für den Beschenkten sorgte, auch andererseits berechtigt sein solle, wenn er in Noth geräth, von demselben eine entsprechende Unterstützung zu verlangen. Dieses Recht, nicht eigentlich die Befugniß des Widerrufes, wird ihm denn auch durch das Gesetz zugestanden, und zwar unter nachstehenden Bedingungen:

2) Der Geschenkgeber muß sich in einem solchen Zustande der Dürftigkeit befinden, daß es ihm an dem nöthigen Unterhalt gebricht. Würde es ihm also bloß an dem anständigen Auskommen mangeln, so könnte er den in Frage stehenden Anspruch nicht geltend machen, und eben so wenig wäre derselbe begründet, wenn andere, zur Verabreichung des Unterhaltes an den Geschenkgeber verpflichtete Personen (wie z. B. der Ehegatte, die Eltern, die Kinder) vorhanden und denselben zu leisten im Stande wären.

3) Der Beschenkte muß sich ferner nicht in gleich dürftigen Umständen befinden, weil eben nur Gründe der Billigkeit, die hier wegzufallen scheinen, für den Geschenkgeber sprechen.

4) Die geschenkte Sache muß endlich noch selbst oder doch dem Werthe nach vorhanden sein, es muß der Beschenkte noch wirklich als bereichert erscheinen, zumal er vor eingetretenem Widerrufe dieselbe zu verbrauchen oder selbst wieder unentgeltlich zu veräußern vollkommen berechtigt war. Daß übrigens eines oder das andere geschehen sei, müßte der Geschenknehmer erweisen, da es eine Thatsache ist, auf welche er sein Exceptionsrecht gegen die Anforderung des Geschenkgebers gründet.

5) Treten die erwähnten drei Voraussetzungen ein, so kann der Schenkende zwar nicht die Zurückgabe des Geschenkes, wohl aber die gesetzlichen, d. i. nach §. 995 vierpercentigen Zinsen von der geschenkten Sache oder dem noch vorhandenen Werthe derselben verlangen. Da diese hier die Stelle des Unterhaltes vertreten sollen, so scheint uns die Ansicht Winiwarter's (bgl. Recht, Bd. 4, S. 126) begründet zu sein, daß diese Zinsen nicht, wie solche überhaupt, jährlich verfallen (§. 997), sondern vielmehr nach der Bestimmung des §. 1418 monatlich in vorhinein gefordert werden können**). Ist die geschenkte Sache von der Art, daß sie keine Zinsen abwirft (z. B. eine Gemäldesammlung), so meint Nippel (Erläut. Bd. 6, S. 233), daß der Beschenkte zwar nicht verhalten werden könne, den

---

*) Puchta, a. a. O. §§. 70 u. 245.

**) Anderer Meinung ist Nippel in seiner Erläutg. Bd. 6, S. 231.

Hauptstamm anzugreifen; Winiwarter ist dagegen (bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 126) der Ansicht, daß die Zinsen von dem Schätzungswerthe desselben allerdings, jedoch nur in so lange gefordert werden können, bis der Werth des Geschenkes erschöpft ist, weil dem Beschenkten nicht zugemuthet werden könne, aus dem Seinigen Etwas zu leisten. Wir finden aber keine dieser Beschränkungen in dem Gesetze begründet; nicht die erste, weil der §. 947 dem Geschenkgeber überhaupt das Recht einräumt, von dem geschenkten „Betrage" die gesetzlichen Zinsen zu fordern, also dadurch andeutet, daß immer nur der Werth der Sache, der sich nach einem bestimmten Betrage ausmitteln läßt, als Maßstab zu dienen habe; — aber auch nicht die letztere, weil es dem Beschenkten ja freistand, das Geschenk zu veräußern und dadurch in ein nutzbringendes Capital zu verwandeln, oder sich von jeder weiteren Verpflichtung durch die Rückgabe desselben zu befreien.

Sollten übrigens die Zinsen nicht ausreichen, den nöthigen Unterhalt des Geschenkgebers zu bestreiten, so kann dieser doch keinen weitern Anspruch an den Beschenkten stellen, wohl aber muß er sich mit einem geringeren Betrage begnügen, wenn ein solcher zu seiner nothdürftigen Erhaltung hinreicht.

6) Sind mehrere Geschenknehmer vorhanden, so entscheidet bei successiven Schenkungen der Schlußsatz des Paragraphen, weil anzunehmen, daß der Schenkende sich erst durch die späteren Schenkungen in Dürftigkeit versetzte; mehrere gleichzeitig Beschenkte müssen aber nach dem Verhältnisse des Werthes ihrer Geschenke beitragen.

7) Daß nur der Geschenkgeber selbst, und nicht auch dessen Erben, wenn sie sich gleich in Noth befänden, von dem oftererwähnten Widerrufsrechte Gebrauch machen können, dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen; daß aber dieses Widerrufsrecht auch gegen die Erben des Beschenkten geübt werden könne, ist deßhalb bestritten worden, weil nur die §§. 949 und 954 der Erben ausdrücklich erwähnen. Allein die Erläuterung dieser Paragraphe wird zeigen, daß dieß wohl nur deßhalb geschehen sei, weil dort allerdings Grund zu Zweifeln vorhanden war, während in dem gegenwärtigen Falle, wo es hauptsächlich auf den Stand des Vermögens ankommt, und ohnehin vorausgesetzt wird, daß die geschenkte Sache noch in natura oder dem Werthe nach vorhanden sei, an der Haftung der Erben des Beschenkten wohl nicht gezweifelt werden konnte.

§. 948.

2) Undankes;

Wenn der Beschenkte sich gegen seinen Wohlthäter eines groben Undankes schuldig macht, kann die Schenkung widerrufen werden. Unter grobem Undanke wird eine Verletzung am Leibe, an Ehre, an Freiheit oder am Vermögen verstanden, welche von der Art ist, daß gegen den Verletzer von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach dem Strafgesetze verfahren werden kann.

§. 949.

Der Undank macht den Undankbaren für seine Person zum unredlichen Besitzer und gibt selbst dem Erben des Verletzten, in so fern der letztere den Undank nicht verziehen hat, und noch etwas von dem Geschenke in Natur oder Werthe vorhanden ist, ein Recht zur Widerrufungsklage auch gegen den Erben des Verletzers.

1) Schon K. Justinian hatte die Widerruflichkeit der Schenkungen wegen Undankes der Empfänger eingeführt*), und die Fälle desselben genau bestimmt**). Unser a. b. G. B. ist diesem Beispiele gefolgt und hat in Uebereinstimmung mit den Ursachen der Erbsunwürdigkeit (im §. 540) die Verletzungen bezeichnet, welche das Recht des Widerrufes begründen. Daß dieselben aus bösem Vorsatze hervorgegangen sein müssen (dessen der §. 540 ausdrücklich erwähnt), dürfte schon aus dem Begriffe des Undankes folgen; und ebenso kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch ein strafbarer Versuch derselben die nämliche Wirkung nach sich ziehe, wie die vollendete That, zumal der §. 8 des St. G. B. ausdrücklich verfügt, daß schon der Versuch einer Uebelthat das Verbrechen ist, sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat, die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist.

Dagegen muß hier die Verletzung unmittelbar gegen den Wohlthäter gerichtet sein, und eine bloß den nächsten Angehörigen desselben zugefügte Beleidigung würde nicht zum Widerrufe berechtigen.

2) Die Frage, ob, wenn die angeschuldete Verletzung nicht vor den Strafrichter gebracht, sondern erst in dem Rechtsstreite über den Widerruf der Schenkung geltend gemacht wurde, der Civilrichter für sich über das Bestehen derselben Behufs der Begründung des Urtheils zu erkennen competent, oder ob immer der Ausspruch des Strafrichters nothwendig sei, wird in verschiedenem Sinne beantwortet. Für die erstere Meinung wird angeführt, daß der Wortlaut des Gesetzes: „daß gegen den Verletzer nach dem Strafgesetze verfahren werden kann" auch den Fall einschließe, daß der Strafrichter sich gar nicht ausgesprochen habe; daß ferner nach dem Hofdecr. vom 6. März 1821, Nr. 1743 der J. G. S. der Beschädigte, wenn der Strafrichter wegen Verjährung der Strafbarkeit der Handlung oder aus anderen Gründen zwar kein

---

*) Const. 10. Cod. de rer. don. (8, 56). Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur.

**) Es sind derer fünf, welche in der o. a. const. aufgezählt werden; dann fährt diese fort: ex his tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.

Verfahren eingeleitet, oder die Schuld nicht für erwiesen erklärt hat, dennoch berechtigt sei, die Sache vor dem Civilrichter in Verhandlung zu bringen; daß endlich das Gesetz dem Geschenkgeber bei solchen Verletzungen, wegen welcher nur auf sein Verlangen nach dem Str. Ges. verfahren werden darf, keinen Zwang anthun und ihn nicht hindern wollte, auf die Anwendung des Strafgesetzes zu verzichten und sich mit dem Widerruf der Schenkung zu begnügen*). Wir halten jedoch mit Rücksicht auf die Bd. II., S. 264 angeführten Gründe die letzterwähnte Ansicht für die richtigere.

3) Daß auch in den Fällen des §. 948 eine Verzeihung des Verletzten stattfinden und dadurch das Recht des Widerrufes erlöschen könne, dürfte im Hinblick auf die Bestimmung des §. 949 kaum in Zweifel gezogen werden; doch halten wir mit Zeiller und Nippel (gegen Winiwarter) eine vorläufige Entsagung allerdings für unwirksam, weil sie immerhin zur Unsittlichkeit verleiten könnte**).

4) Der Undank macht die Schenkung nicht ipso jure ungiltig, sondern begründet nur das Recht des Widerrufes für den verletzten Wohlthäter; er zieht aber allerdings die Wirkung nach sich, daß der Beschenkte, und zwar von dem Zeitpuncte des begangenen Undankes an***), zum unredlichen Besitzer wird; es treffen ihn demnach alle nachtheiligen Folgen der §§. 335 und 336; nur scheint er für einen Zufall, der die Sache bei dem Geschenkgeber nicht getroffen hätte, bloß in dem Falle zu haften, wenn er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat (§. 338), weil ihm das Gesetz nirgends die Pflicht auferlegt, das Empfangene aus eigenem Antriebe zurückzustellen. Auch ist der Beschenkte nicht verantwortlich, wenn er die geschenkte Sache vor begangenem Undanke verzehrt, vertilgt oder veräußert hat, und wenn im letzteren Falle auch der daraus gelöste Werth nicht mehr vorhanden ist, da er bis dahin über die Sache zu verfügen berechtigt war (vrgl. auch §§. 329 und 330).

5) Nach römischem Rechte war die Befugniß des Widerrufes auf den Geschenkgeber selbst beschränkt und konnte nicht auch von den Erben desselben geübt werden†); unser G. B. hat sie aber auch diesen eingeräumt, damit nicht bei der gröbsten Verletzung, nämlich der Tödtung des Schenkers, der Widerruf ausgeschlossen werde.

6) Ingleichen kann nach unserem Gesetze das Widerrufsrecht auch gegen die Erben des Beschenkten geltend gemacht werden, was hier

*) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 23. April 1852, Z. 3760 in der allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr 154.

**) Savigny, a. a. O. S. 235. — Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda, veluti si paciscar, ne furti agam vel injuriarum, si feceris, expedit enim timere furti vel injuriarum poenam. Sed post admissa haec pacisci possumus. fr. 27. §. 4. Dig. de pact. (2, 14),

***) Vgl. Nippels Materialien, S. 134.

†) Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus nulla licentia concedenda donatoris successoribus, hujusmodi querimoniarum primordium instituere. const. 10. Cod. l. c.

ausdrücklich hervorzuheben war, da das römische Recht die entgegengesetzte Verfügung enthielt*), und als man sonst allerdings hätte annehmen können, daß die Folgen des strafbaren Undankes nur den Verletzer selbst treffen sollen. Wohl aber ist auf die Erben desselben die Eingangs-Verfügung des §. 949 nicht anwendbar**), und sie kommen bloß nach dem §. 338 zu behandeln; ingleichen haften sie nur in so weit, als von dem Geschenke noch etwas in Natur oder dem Werthe nach vorhanden ist, d. h. in so weit sie noch als bereichert erscheinen.

§. 950.

Wer Jemanden den Unterhalt zu reichen schuldig ist, kann dessen Recht durch Beschenkung eines Dritten nicht verletzen. Der auf solche Art Verkürzte ist befugt, den Beschenkten um die Ergänzung desjenigen zu belangen, was ihm der Schenkende nun nicht mehr zu leisten vermag. Bei mehreren Geschenknehmern ist die obige (§. 947) Vorschrift anzuwenden. 3) Verkürzung des schuldigen Unterhaltes;

1) Die Verpflichtung, Jemanden den Unterhalt zu verabreichen, entspringt theils aus dem Gesetze (§§. 91, 139, 141, 143, 154, 166, 167, 183, 795, 796, 1264), theils aus einem Vertrage oder einem letzten Willen (§. 672). Ist diese Verbindlichkeit einmal begründet, so kann sie durch eine nachfolgende Schenkung nicht aufgehoben oder beschränkt, es darf der Unterhaltsberechtigte in seinem Anspruche dadurch nicht verkürzt werden***). Dieser (nicht der Geschenkgeber selbst) ist daher befugt, das Recht des Widerrufes zu üben, doch nur in so weit, als es nothwendig ist, um jede Beeinträchtigung seines Anspruches hintanzuhalten. Er muß also zuvörderst den Geschenkgeber selbst angehen, und nur in so ferne, als dieser nicht im Stande wäre, seiner Unterhaltspflicht zu genügen, kann die Ergänzung des Fehlenden von dem Geschenknehmer begehrt werden.

2) Da der Beschenkte, bevor der Widerruf gegen ihn geübt wird, berechtigt erscheint, mit der geschenkten Sache frei zu verfügen, so scheint es, daß er nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn von dem Geschenke oder dessen Werthe noch etwas vorhanden ist. In

---

*) Etenim si ipse — fährt die eben angeführte Stelle fort — qui hoc passus est, tacuerit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur vel adversus eum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.

**) Der Paragraph sagt daher, der Undank macht den Undankbaren für seine Person zum unredlichen Besitzer.

***) Dieß scheint auch in Ansehung des dem überlebenden Ehegatten nach §. 796 gebührenden Unterhaltes der Fall zu sein; denn wiewohl der dießfällige Anspruch erst nach dem Tode des andern Ehetheils ausgeübt werden kann (s. Winiwarter, bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 131), so ist er doch schon durch die Eingehung der Ehe begründet. Kann doch auch von einem Pflichttheile erst nach dem Tode des zur Hinterlassung desselben Verpflichteten die Rede sein, und dennoch kennt das Gesetz eine den Pflichttheil verletzende Schenkung.

diesem Falle würden aber auch die Erben desselben haften, da sie nach §. 548 alle Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernehmen.

3) Befände sich der Beschenkte selbst im Zustande der Dürftigkeit, so scheint ihn dieß von der Pflicht der Rückgabe nicht zu befreien, denn der §. 950 bezieht sich auf den §. 947 nur in so weit, als es sich um das Verhältniß mehrerer Geschenknehmer unter einander handelt, und da die Ausübung des fraglichen Widerrufsrechtes nicht gerade durch Dürftigkeit des Unterhaltsberechtigten bedingt erscheint, also wenigstens nicht immer von gleich dürftigen Umständen (wie der §. 947 sich ausdrückt) die Rede sein kann, daher auch gar nicht unterschieden wird, ob es sich um den nöthigen oder anständigen Unterhalt handelt.

§. 951.

4) des Pflichttheils.

Wer zur Zeit der Schenkung Abstämmlinge hat, denen er einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, kann zu ihrem Nachtheile keine Schenkung machen, welche die Hälfte seines Vermögens übersteigt. Hat er dieses Maß überschritten, und können diese Abstämmlinge nach seinem Tode beweisen, daß sein reiner Nachlaß den Betrag der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens nicht erreiche; so können sie von dem Beschenkten das gesetzwidrig empfangene Uebermaß verhältnißmäßig zurück fordern.

§. 952.

Besitzt der Beschenkte die geschenkte Sache oder ihren Werth nicht mehr; so haftet er nur in so fern, als er sie unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen hat.

1) Dieselben Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, das Institut des Pflichttheils aufzunehmen, mußten ihn auch dazu führen, zum Schutze desselben die Schenkungen unter Lebenden einer angemessenen Beschränkung zu unterziehen; weil sonst die gesetzlichen Vorschriften über das Recht des Notherben auf das Leichteste umgangen werden könnten*). Allerdings ist es richtig, daß von einem Pflichttheile, als von einem aliquoten Theile des Nachlasses (§§. 765 u. 766) vor dem Tode des Erblassers keine Rede sein könne, daß sich daher auch eine rechtswidrige Verkürzung desselben durch Schenkungen unter Lebenden gar nicht denken lasse, aber die

---

*) S. meinen Aufsatz in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1841, II. S. 197: von dem Rechte des Notherben, eine Schenkung wegen Verkürzung des Pflichttheils zu widerrufen; — dann Dr. Fierlinger: Das Recht auf den Pflichttheil nach dem österr. b. G. B. im Gerichtssaal, 20 St., — und Th. Pachmann: Ein Beitrag zur Verständniß des §. 951 des a. b. G. B., in Haimerls Magaz. Bd. 11. S. 44.

Billigkeit fordert es, den Pflichttheilsgewärtigen auch in dieser Beziehung vor Nachtheil zu bewahren. In diesem Sinne hatte schon K. Severus nach dem Muster der querela inofficiosi testamenti die querela inofficiosae donationis eingeführt, welche später in der 92. Novelle Justinian's (de immensis donationibus in liberos) ihren Abschluß fand, und aus dieser in die meisten neueren Gesetzgebungen übergegangen ist.

2) Der Begriff der Schenkung muß im §. 951 in demselben Sinne aufgefaßt werden, in welchem dieser Ausdruck in den §§. 938—942 festgestellt erscheint. Die Verfügungen desselben beziehen sich daher auch auf remuneratorische und auf wechselseitige Schenkungen in Ansehung des übersteigenden Werthes; dann auf Schenkungen für den Todesfall, in so fern sie die Natur eines Vertrages annehmen; auf gemischte Verträge, in so weit sie aus einer Schenkung bestehen, und auf die in einen entgeltlichen Vertrag eingekleideten Schenkungen (§. 916). In hohem Grade bestritten ist aber die Frage, ob und in wieferne die Bestellung des Heirathsgutes als eine Schenkung anzusehen sei *). Unsers Erachtens ist sie es nur dann, wenn die Bestellung von einer nicht dazu verpflichteten Person und zwar in der Art erfolgt, daß sich der freiwillige Besteller nicht den Rückfall desselben vorbehält, denn unter der letzteren Veraussetzung ist wohl nur bei vertretbaren Sachen ein auf die Eheauflösung gestundetes Darlehen, bei anderen Gegenständen ein so gestundetes Kaufgeschäft vorhanden **); dieß scheint aber nicht mehr der Fall zu sein, wenn das Heirathsgut nicht an den Besteller, sondern an die Frau oder deren Erben, oder an eine dritte Person herausgegeben werden soll, weil es hier doch gewiß ist, daß der Besteller selbst kein Entgelt erhält, mithin als Geschenkgeber zu betrachten kömmt. Dagegen scheint eine Schenkung nicht angenommen werden zu können, wenn die Gattin nur ihrem eigenen Manne ein Heirathsgut bestellt, wiewohl dieses auf Ueberleben bedungen wurde; denn das Heirathsgut wird selbst in diesem Falle dem Manne nach §. 1218 des b. G. B. nur zur Erleichterung des mit der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Aufwandes übergeben, mithin durch dasselbe nicht nur der Vortheil des Empfängers, sondern auch jener der Geberin bezielt ***). — Was endlich die Fruchtnießung auf den Todesfall anbelangt, deren der §. 1255 erwähnt, so scheint dieselbe, in sofern sie ohne Entgelt eingeräumt wird, allerdings unter den Begriff der Schenkung zu fallen, da unser b. G. B. denselben keineswegs auf körperliche Sachen eingeschränkt hat.

3) Die Absicht, aus welcher die in Frage stehende Schenkung erfolgte,

---

*) S. meinen oben angeführten Aufsatz S. 200 u. ff. Der Cod. Just. enthält einen eigenen Titel de inofficiosa dote (3. 30). — Pachmann (a. a. O. S. 50) unterscheidet, ob der Mann das Eigenthum von den Dotalsachen erhält, das Heirathsgut aber nach aufgelöster Ehe an die Frau, oder an den Besteller desselben herausgeben muß; oder ob er an der Dos den Nießbrauch oder das Eigenthumsrecht ohne Restitutionspflicht erlangt. In letzterem Falle meint der Verfasser in ihm einen Geschenknehmer finden zu müssen.

**) Pachmann, a. a. O. S. 50.

***) Von dieser Anschauung ist, wie Pachmann selbst (a. a. O. S. 51) hervorhebt, auch das römische Recht unzweifelhaft ausgegangen.

ist nach unserem Gesetze vollkommen gleichgiltig; es wird also durchaus nicht erfordert, daß der Geschenkgeber dabei gerade den Zweck vor Augen hatte, seinen Notherben dasjenige zu entziehen, was er ihnen durch eine letztwillige Anordnung zu entziehen nicht vermocht hätte.

4) Dagegen ist es ein unerläßliches Erforderniß, daß die Schenkung mehr als die Hälfte des zur Zeit derselben vorhandenen Vermögens übersteige, welche Bestimmung dadurch herbeigeführt wurde, daß der Pflichttheil der Abstämmlinge die Hälfte ihres gesetzlichen Erbtheils, mithin die Summe aller Pflichttheile die Hälfte desjenigen Vermögens beträgt, aus welchem derselbe zu berechnen kommt*). Sind mehrere Schenkungen gleichzeitig gemacht worden, so ist der Gesammtbetrag derselben entscheidend; und eben dieß müßte auch dann gelten, wenn sie zu verschiedenen Zeiten jedoch erwiesener Maßen zur Umgehung des Gesetzes vorgenommen wurden, wie sich aus der Analogie des §. 916 ergeben dürfte. Ist dieses aber nicht der Fall, so bleibt wohl nichts anderes übrig, als jede einzelne Schenkung nach dem Stande des Vermögens, von dem sie genommen wurde, zu beurtheilen**).

5) Eine weitere Bedingung, von welcher das fragliche Widerrufsrecht abhängig ist, besteht darin, daß der reine Nachlaß des Geschenkgebers den Betrag der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens nicht erreiche. Ist dieses der Fall, hat sich also durch der Schenkung nachgefolgte Erwerbungen das Mißverhältniß wieder ausgeglichen, so kann von einem Widerrufe keine Rede sein.

6) Werfen wir nunmehr einen Blick auf das, zur Anstellung der Widerrufungsklage berechtigte Subject, so finden wir, daß nach unserem Gesetze nur die Notherben der absteigenden Linie, nicht auch die Eltern dazu berechtigt erscheinen, weil Letztere überhaupt in ihrem Pflichttheilsanspruche weit beschränkter sind, als die Ersteren. Aber auch diese müssen sich, um von dem Revocationsrechte Gebrauch machen zu können, zur Zeit der Schenkung zu dem Geschenkgeber in einem solchen Verhältnisse befinden, daß sie von ihm, wenn er in diesem Momente gestorben wäre, einen Pflichttheil ansprechen könnten. Sie müssen also damals wenigstens schon erzeugt (§. 22) gewesen sein, und es mußte nicht nur das Recht, sondern auch die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (§. 763) für sie streiten. Das Widerrufungsrecht entfällt demnach, wenn der betreffende Abstämmling zur Zeit der Schenkung durch einen näheren (z. B. der Enkel durch seinen Vater) vom Pflichttheile ausgeschlossen, wenn er zu erben unwürdig oder unfähig, wenn er rechtmäßig enterbt war, oder auf das Erbrecht giltig Verzicht geleistet hatte, endlich wenn er von dem Geschenkgeber bei Lebzeiten

---

*) S. meine Abhandlung S. 209 und vgl. die Nov. 92, cap. 1.

**) S. Pachmann, a. a. O. S. 52. — Die früher von mir (a. a. O. S. 214) vertheidigte gegentheilige Ansicht erscheint mir gegenwärtig nicht mehr als haltbar, und eben so wenig die Meinung Winiwarters (bürgl. Recht Bd. 4, S. 137) daß die Abstämmlinge bei der Ausübung des Widerrufes den für sie günstigsten (also den höchsten) Vermögensstand zum Grunde legen, und dann jene Schenkungen anfechten können, durch welche die pflichtwidrige Verminderung des Vermögens eigentlich bewirkt wurde.

schon so viel erhalten hatte, daß ihm dadurch der, mit Rücksicht auf diese Vorausempfänge (§§. 787 u. 788) zu bemessende Pflichttheil schon zugeflossen ist*). Uebrigens ist das Revocationsrecht auch noch dadurch bedingt, daß der Abstämmling zur Zeit des Todes des Geschenkgebers auf einen Pflichttheil aus dem Vermögen desselben Anspruch habe, weil sonst von einem ihm durch die Schenkung zugefügten Nachtheile keine Rede sein könnte**).

7) Das Widerrufsrecht ist gegen den Beschenkten oder dessen Erben (§. 548) gerichtet, und zwar ohne Unterschied, ob sie gleichfalls Notherben des verstorbenen Geschenkgebers sind, oder nicht, ferner ob sie die Pflichtwidrigkeit der Schenkung gewußt haben, oder ob ihnen das obwaltende Verhältniß unbekannt war. Gegen dritte Personen, welche aus einem singulären Rechtstitel in den Besitz der geschenkten Sache gekommen sind, kann die Resciſſionsklage nicht gerichtet werden.

8) Die Frage, wie weit eine übermäßige Schenkung widerrufen werden könne, beantwortet der Schlußsatz des §. 951 dahin, daß nur das gesetzwidrig empfangene Uebermaß und auch dieses nur verhältnißmäßig zurückgefordert werden könne. Es kann sich also die Erstattungspflicht des Beschenkten nie auf mehr, als auf jenen Betrag erstrecken, um welchen der Werth der geschenkten Sache die Hälfte des zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens übersteigt. Was aber der Ausdruck „verhältnißmäßig“ bedeute, ist sehr zweifelhaft, und hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, wie der Pflichttheil der Abstämmlinge im Falle vorgenommener Schenkungen zu berechnen sei? Pachmann (a. a. O.) und Ungermann (in seinem Aufsatze in der allg. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 15) nehmen die Hälfte des zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens als Maaßstab an, und weisen daher den Notherben nur ein Viertheil des Gesammtvermögens als Pflichttheil zu, indem sie zugleich von der Ansicht ausgehen, daß der Erblasser ungeachtet der pflichtwidrigen Schenkung noch über die Eine Hälfte seines Nachlasses verfügen könne, und nur die andere Hälfte den Notherben als Pflichttheil zufallen müsse. Hat also Jemand bei einem Vermögen von 20000 fl. eine Schenkung von 15,000 fl. gemacht und 9000 fl. hinterlassen, so erhält der Notherbe aus diesem Nachlasse (wenn eben der Testator anderweitig verfügte) nur 4500 fl. und kann demnach als Ergänzung seines, nach dem Stande eines Nachlasses von 10,000 fl. zu berechnenden Pflichttheiles pr. 5000 fl. nur noch

---

*) Pachmann (a. a. O. S. 47) ist der Ansicht, daß auch die Wahlkinder kein Revocationsrecht haben, weil sie nicht zu den Abstämmlingen gehören; allein sie haben nach §. 183 gleiches Recht mit diesen, insbesondere weist ihnen noch der §. 755 ein gleiches Intestaterbrecht, und das Hfd. v. 10. Mai 1833, Nr. 2610 der J. G. S. einen gleichen Pflichttheilsanspruch zu. Der Ausdruck „Abstämmlinge“ scheint uns daher nicht entscheidend, und zwar um so mehr, als auch der §. 763 von ehelicher und unehelicher „Geburt“ spricht, mithin seinem Wortlaute nach auf Adoptivkinder ebenfalls nicht anwendbar wäre; während es doch nach der eben erwähnten Gesetzeserläuterung keinem Zweifel unterliegt, daß diesen allerdings ein Pflichttheil gebührt.

**) Pachmann, a. a. O. S. 48.

500 fl. von dem Beschenkten zurückfordern. Mit so scharfsinnigen Gründen nun diese Ansicht auch vertheidiget wird, so können wir doch nicht umhin, unsere Bedenken gegen dieselbe rege zu machen. Wir haben nämlich schon Bd. 2, S. 721 d. W. entwickelt, daß die Gesetzgebung das Verfügungsrecht des Erblassers in der Art festgestellt zu haben scheint, daß ihm, bei dem Vorhandensein von Notherben, die Hälfte seines Vermögens zur freien Disposition überlassen bleibe, während die andere Hälfte (als Pflichttheilsmasse) eben diesen Notherben vorbehalten wird. Ob er nun diese Disposition durch letztwillige Verfügungen, ob er sie durch Vorausbetheilung mit anrechnungsfähigen Gaben (§§. 787 u. 788) oder ob er sie durch Schenkungen unter Lebenden treffe, scheint uns gleichgiltig zu sein, jedenfalls wäre es sehr sonderbar, wenn diese vom Gesetzgeber mehr begünstiget wären, als jene. Hat daher der Erblasser eine Schenkung gemacht, welche die Hälfte seines damaligen Vermögens übersteigt, so hat er von seinem Dispositionsrechte bereits vollen Gebrauch gemacht, und es scheint ihm ein solches, auch zu testamentarischen Verfügungen, nicht weiter zugestanden werden zu können. Wir meinen daher unmaßgeblich, daß die Notherben in solchem Falle den ganzen Nachlaß anzusprechen haben, so lange er nicht die Hälfte des zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens übersteigt, und daß sie von dem Beschenkten so viel zurückfordern können, als nothwendig ist, um diese Hälfte zu erreichen, in so weit nicht die oberwähnte Gränze überschritten wird, vermöge welcher nämlich der Beschenkte nie mehr, als das gesetzwidrig empfangene Uebermaß herauszugeben verpflichtet erscheint. Im obigen Beispiele würden also die Notherben nicht nur den ganzen Nachlaß pr. 9000 fl. beanspruchen, sondern von dem Beschenkten auch noch 1000 fl. revociren können, um den ihnen bei einem Vermögen von 20,000 fl. zukommenden Pflichttheil zu erlangen.

9) Der Geschenknehmer haftet nach §. 951, wie in andern Fällen der Rescission (§§. 947, 949) nur in so weit, als die geschenkte Sache noch in Natur oder dem Werthe nach vorhanden ist, da er vor Ausübung des Widerrufsrechtes befugt war, mit dem Geschenke frei zu verfügen, folglich es auch zu verzehren oder zu zerstören; und nur dann kann noch ein weiterer Anspruch gegen ihn gestellt werden, wenn er dasselbe unredlicher Weise aus seinem Besitze gelassen hat, was wohl dann der Fall sein dürfte, wenn die Veräußerung in der Absicht geschah, das Widerrufungsrecht zu vereiteln, jedenfalls aber, wenn sie nach bereits zugestellter Klage (§§. 338 u. 378) erfolgte.

10) Wurden mehrere auf einander folgende Schenkungen vorgenommen, so scheinen die früheren Geschenknehmer nach der Analogie der §§. 947 und 950 nur in so weit verbunden zu sein, als die Beiträge der späteren nicht zureichen, den entzogenen Pflichttheil zu ergänzen (vorausgesetzt, daß sie überhaupt haftungspflichtig erscheinen); bei gleichzeitig an Mehrere gemachten Schenkungen aber dürfte nach der Analogie des §. 783 eine Haftung derselben nach Verhältniß ihrer Antheile Platz zu greifen haben.

§. 953.

Unter eben dieser (§. 952) Beschränkung können auch diejenigen Geschenke zurück gefordert werden, wodurch die zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen Gläubiger verkürzet worden sind. Auf Gläubiger, deren Forderungen jünger sind, als die Schenkung, erstreckt sich dieses Recht nur dann, wenn der Beschenkte eines hinterlistigen Einverständisses überwiesen werden kann. 5) der Gläubiger;

1) Das römische Recht gewährt den Gläubigern, welche durch dolose Veräußerungen ihres Schuldners in Nachtheil versetzt wurden, die s. g. actio Pauliana*), welcher das Rechtsmittel des vorstehenden Paragraphen nachgebildet ist. Es bezieht sich nur auf Schenkungen in dem schon mehrfach entwickelten Sinne, wohl also auch auf Handlungen, durch welche Jemand auf ein angefallenes Recht zu Gunsten eines Andern verzichtet, oder es auf einen Andern überträgt**), keineswegs aber auf den bloßen Ausschlag eines Erwerbes, z. B. auf die Recusirung einer Erbschaft oder eines Legates***).

2) Daß die Schenkung dolose, d. h. in der Absicht gemacht worden sei, die Gläubiger dadurch zu verkürzen, ist nach österreichischem Rechte nicht erforderlich; eben so wenig, daß der Beschenkte um die obwaltenden Verhältnisse gewußt †), oder gar im hinterlistigen Einverständnisse mit dem Schenkenden gehandelt habe.

---

*) Dig. 42. tit. 8. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. — Cod. 7, 75: de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Ait Praetor: quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo. — Necessario Praetor hoc edictum proposuit; quo edicto consulit creditoribus, revocando ea, quaecumque in fraudem eorum alienata sunt. fr. 1. pr. u. §. 1. Dig. l. c.

**) Vgl. den von Dr. Zrza in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1826, I. S. 346 dargestellten Rechtsfall.

***) Vgl. den Aufsatz von Pratobevera in dessen Mat. (Bd. 8, S. 452). Ob ein Schuldner in oder außer dem Concurse einer angefallenen Erbschaft ohne Willen der Gläubiger entsagen könne? — In Ansehung des Concursfalles bestimmt die schon Bd. 2, S. 778 d. W. angeführte Verordnung vom 8. Mai 1835, daß dem Masseverwalter das Befugniß zustehe, zu einer dem Cridatare vor der Beendigung der Concursverhandlung angefallenen Erbschaft die Erbserklärung mit dem Vorbehalte des Inventariums zu überreichen oder ein derlei Vermächtniß anzunehmen.

†) Simili modo dicimus, et si cui donatum sit, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores? Nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, non ultra. fr. 6. §. 11. Dig. l. c.

3) Von einer **Verkürzung** der Gläubiger durch die gemachte Schenkung kann in der Regel nur dann die Rede sein, wenn **zur Zeit derselben** die betreffenden Forderungen bereits vorhanden waren. Es bezieht sich daher das in Frage stehende Widerrufungsrecht nicht auf Gläubiger, deren Forderungen erst **nach** gemachter Schenkung entstanden sind, weil es ihre Sache war, die Vermögensumstände des Schuldners ins Auge zu fassen, und sich darnach zu richten. Eine Ausnahme fände nur dann Statt, wenn der Beschenkte eines **hinterlistigen** Einverständnisses mit dem Geschenkgeber überwiesen werden kann, wenn also z. B. dargethan würde, daß die Uebergabe der geschenkten Sache unterlassen, die Eintragung der Schenkungsurkunde in die öffentlichen Bücher hinausgeschoben wurde, um den Credit des Schenkers zu verlängern.

4) Gegenstand des Widerrufes ist die **geschenkte Sache** oder der **Werth** derselben, so weit sie zur Befriedigung der benachtheiligten Gläubiger erforderlich *) und **noch vorhanden** sind (§. 952); es wäre denn, daß sie der Beschenkte unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen (S. oben S. 142). In wie fern der Geschenknehmer auch für die bezogenen oder nicht bezogenen Nutzungen hafte, dürfte nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit seiner Handlungsweise zu beurtheilen sein.

5) Die in Frage stehende Widerrufungsklage steht sowohl den Erben des Gläubigers als gegen die Erben des Beschenkten zu (§§. 547 u. 548).

§. 954.

6) wegen nachgeborner Kinder.

Dadurch, daß einem kinderlosen Geschenkgeber nach geschlossenem Schenkungsvertrage Kinder geboren werden, erwächst weder ihm noch den nachgebornen Kindern das Recht, die Schenkung zu widerrufen. Doch kann er oder das nachgeborne Kind im Nothfalle sowohl gegen den Beschenkten, als gegen dessen Erben das oben angeführte Recht auf die gesetzlichen Zinsen des geschenkten Betrages geltend machen (§. 947).

1) Zufolge der const. 8. Cod. de revoc. donat. (8, 56) **) konnte die von einem **kinderlosen** Patrone an Freigelassene gemachte Schenkung wegen **nachgeborner Kinder** widerrufen werden, und die Praxis hat dieses Rechtsmittel auch auf andere Schenker ausgedehnt, vorausgesetzt, daß die Schenkung von solchem Belange ist, daß eine Unterlassung derselben bei Voraussicht jenes Ereignisses angenommen werden könnte ***). Auch unser Gesetzbuch hat auf den Fall des **nachgebornen Kindes** vielfache Rücksicht genommen, wie sich aus den bereits erörterten Bestimmungen

---

*) Vgl. fr. 9, 10. §§. 19—23. fr. 14, 25. §. 4. Dig. l. c.

**) Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac dictione mansurum.

***) Puchta, a. a. O. §. 70.

der §§. 617, 628 und 778 ergibt; das Recht des Widerrufes einer Schenkung ist jedoch weder dem Geschenkgeber noch den nachgebornen Kindern desselben eingeräumt, weil es sich hier nicht um die Erwerbung eines bloß gehofften, sondern um die Entziehung eines bereits erworbenen Rechtes handeln würde. Dennoch fand man es billig, dem Schenker oder den nachgebornen Kindern das im §. 947 (s. oben S. 132) angeführte Recht einzuräumen, um sie vor Noth zu sichern.

2) Die Geltendmachung dieses Rechtes setzt voraus, daß der Geschenkgeber zur Zeit der Schenkung kinderlos gewesen. Eine Vermehrung der Kinder, deren Einige schon vor der Schenkung vorhanden waren, begründet dieses Befugniß nicht; für derlei Kinder ist schon durch die §§. 950 und 952 gesorgt.

3) Weiters muß dem Geschenkgeber erst nach geschlossenem Schenkungsvertrage ein Kind geboren werden. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob das Kind ehelich oder unehelich ist, denn auch die letzteren haben das Recht, von ihren Eltern eine angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern (§§. 166 und 169). Dagegen kann die einer Schenkung nachgefolgte Annahme an Kindesstatt nicht die gleiche Wirkung hervorbringen, da dieselbe ganz in der Willkür des Adoptirenden steht, und da durch die Adoption dem Rechte eines Dritten (hier des Geschenknehmers) nicht zu nahe getreten werden darf (§. 184).

4) Endlich setzt die Ausübung des in Frage stehenden Rechtes einen Nothfall, d. h. solche Umstände voraus, unter denen es dem Geschenkgeber an den zur Erziehung und zum Unterhalte des nachgebornen Kindes nothwendigen Mitteln fehlt.

5) Der dießfällige Anspruch kann sowohl von dem Geschenkgeber selbst, als von dem nachgebornen Kinde geltend gemacht, und auch, wie der §. 954 zur Beseitigung allfälliger Zweifel ausdrücklich hervorhebt, gegen die Erben des Beschenkten ausgeübt werden, jedoch immer nur in so weit, als die geschenkte Sache oder der Werth derselben noch vorhanden ist. Von mehreren Geschenknehmern sind die frühern nur in so weit verbunden, als die Beiträge der späteren zur Verabreichung des erforderlichen Unterhaltes nicht genügen. Endlich wird der Beschenkte, wenn er sich selbst in gleich dürftigen Umständen befindet, von der Erstattungspflicht wie im Falle des §. 947 befreit.

6) Wäre der Geschenkgeber nicht nur außer Stande, seinem nachgebornen Kinde den nöthigen Unterhalt zu verabreichen, sondern selbst in solcher Dürftigkeit, daß es ihm an dem Erforderlichen gebricht, so kann sowohl von dem Rechte des §. 947 als von jenem des §. 954 Gebrauch gemacht werden; wofern aber die Zinsen des geschenkten Betrages nicht hinreichten, beide Anforderungen zu befriedigen, scheint der Anspruch des Geschenkgebers selbst vorzugehen; denn die Kinder haben ein Recht auf den Unterhalt nur nach Maßgabe des Vermögens ihrer Eltern (§§. 139 und 166).

§. 955.

Welche Schenkungen auf die Erben nicht übergehen.

Hat der Geschenkgeber dem Beschenkten eine Unterstützung in gewissen Fristen zugesichert, so erwächst für die Erben derselben weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit; es müßte denn in dem Schenkungsvertrage ausdrücklich anders bedungen worden sein.

Der vorstehende Paragraph enthält eine Ausnahme von der im §. 918 enthaltenen Regel, daß alle aus Verträgen entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben der vertragenden Theile übergehen, welche sich auf die Vermuthung gründet, daß der Geschenkgeber bei der Zusicherung einer Unterstützung in gewissen Fristen das persönliche Verhältniß zu dem Beschenkten im Auge gehabt, und demselben nur ein höchstpersönliches Recht einräumen, wie auch nur eine höchstpersönliche Pflicht begründen wollte, eine Vermuthung, die durch entgegenstehende ausdrückliche Verfügungen allerdings beseitiget werden kann.

§. 956.

Schenkung auf den Todesfall.

Eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniß giltig. Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändigt worden ist.

1) Schon im römischen Rechte unterschied man zwei Arten von Schenkungen, die donationes mortis causa und non mortis causa (inter vivos) *). Die Natur der Ersteren war unter den Rechtsgelehrten streitig, und wurde deßhalb von Justinian im 57. Titel des 8. Buches seines Codex näher bestimmt **). Sie nahmen dadurch die Gestalt von Schen-

*) Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa. fr. 67. §. 1. Dig. de verb. sign. (50, 16).

**) Donationis duo sunt genera, mortis causa, et non mortis causa. — Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit, sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. pr. §. 1. Inst. de donat. (2, 7).

kungen an, welche durch Vertrag errichtet wurden, und deren Perfection von dem Tode des Schenkers dergestalt abhängig war, daß sie kraftlos wurden, wenn dieser den Beschenkten überlebte*). Unser Gesetzbuch wollte in Ansehung dieser Art von Schenkungen noch festere Begriffe und Unterscheidungsmerkmale aufstellen**), war aber leider nicht so glücklich, durch die Textirung des dieselbe normirenden Paragraphen alle Zweifel, selbst über die Natur dieses Rechtsgeschäftes zu beseitigen. Denn schon darüber herrscht unter den österr. Rechtslehrern eine Verschiedenheit der Ansichten, ob die Schenkung auf den Todesfall wirklich bald als ein Vertrag, bald als ein Vermächtniß zu betrachten, oder ob sie jederzeit als ein Vertrag anzusehen sei und nur der Wirkung nach in gewissen Fällen einem bloßen Vermächtnisse gleich komme. Demnach ergibt sich dann auch eine Verschiedenheit in der Beantwortung der Fragen über die persönliche Fähigkeit zu solchen Schenkungen, über die dabei zu beobachtenden Förmlichkeiten und über die Nothwendigkeit der Annahme von Seite des Beschenkten***). Uns scheint, daß die Schenkung auf den Todesfall, wie sich der §. 603 selbst ausspricht, bald als Vertrag, bald als ein letzter Wille zu betrachten sei, ja daß Letzteres nach den Eingangsworten des §. 956 sogar als Regel anzusehen komme, und daß sie nur ausnahmsweise die Natur eines Vertrags annehme, wenn alle im Schlußsatze dieses Paragraphen aufgezählten Erforderniße vorhanden sind. Der Ausdruck „Schenkung", dessen sich der §. 956 bedient, darf uns hierüber nicht beirren, denn dieses Wort wird, wie das römische donatio, allerdings bald in einem engeren, bald in einem weiteren Sinne genommen, in welch' letzterem es auch einseitige Acte der Liberalität in sich begreift (s. oben S. 119). Diese Ansicht wird sowohl durch die Ueberschrift des 18. Hauptstückes (von Schenkungen, nicht vom Schenkungsvertrage), als durch die Stellung des §. 956 am Schlusse dieses Hauptstückes und durch die ganze Einrichtung unsers Gesetzbuches unterstützt, vermöge welcher häufig (wie die §§. 402, 471,

---

*) Puchta, a. a. O. §§. 72 u. 552. — Savigny, System, Bd. 4, §§. 170—174.

**) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 184.

***) Die erste Ansicht wurde von Dolliner in dem Aufsatze: ob zum Begriffe einer Schenkung auf den Todesfall die Annahme des Beschenkten erforderlich sei, folglich dieselbe immer die Gestalt eines zwischen dem Schenkenden und dem Beschenkten geschlossenen Vertrages haben müsse (in d. Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1836. II. S. 331); die zweite von Winiwarter (bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 142) und von Dr. von Wildner (Noch ein Wort über den Begriff der Schenkungen auf den Todesfall in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1839. I. S. 188) vertheidigt. — Gapp (in seiner Abhandlung über die Schenkung auf den Todesfall, in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1827. II. S. 30) meint, daß die Annahme des Beschenkten zwar zum Begriffe einer Schenkung auf den Todesfall, aber nicht zur Wirksamkeit des Actes gehöre, der verbunden mit der Annahme eine Schenkung auf den Todesfall sein würde, und läßt diesen Act, den er ohne Annahme von Seite des Beschenkten nicht für eine Schenkung auf den Todesfall erkennt, wenigstens als ein Vermächtniß gelten, wenn dabei die zu einem Vermächtnisse erforderlichen Förmlichkeiten beobachtet worden sind.

530, 602, 603, 646, 691, 761, 796 u. a. darthun) am Ende eines Hauptstückes häufig ein Gegenstand berührt wird, der zwar eine Aehnlichkeit oder Verwandtschaft mit dem im nämlichen Hauptstücke ausführlich behandelten Hauptgegenstande hat, dem es aber doch an dem einen oder dem andern wesentlichen Merkmale des Hauptgegenstandes gebricht*). Ueberdieß treffen bei einer Schenkung auf den Todesfall alle Merkmale einer letztwilligen Anordnung ein, wie sie der §. 552 aufführt, nämlich die Erklärung des Willens, Jemandem auf den Todesfall sein Vermögen oder einen Theil desselben unentgeltlich zu überlassen, und die Widerruflichkeit dieser Erklärung, auf welche nur bei einer als Vertrag geltenden Schenkung dieser Art ausdrücklich Verzicht geleistet sein muß. Die Ursache aber, warum das b. G. B. die Schenkungen auf den Todesfall ohne Unterschied, ob sie von dem Beschenkten angenommen worden sind, oder nicht, in der Regel für Vermächtnisse, und nur ausnahmsweise für Verträge erklärte, sucht Dolliner (a. a. O. S.340) mit Recht darin, daß der gemeine Sprachgebrauch den juridischen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Willenserklärungen nicht kennt, daß man gewöhnlich die einem Andern gemachte Zusicherung der unentgeltlichen Ueberlassung einer Sache auf den Todesfall eine Schenkung nennt, und daß dabei äußerst selten auf die Bewirkung der Annahme von Seite desjenigen, den man begünstigen wollte, gedacht wird.

2) Dem Gesagten zufolge muß die Schenkung auf den Todesfall, wenn sie als ein Vermächtniß gelten soll, mit allen Förmlichkeiten eines solchen (§§. 577—588) versehen sein; bedarf jedoch nicht der im §. 943 vorgezeichneten Form eines Schenkungsvertrages; sie kann daher auch mündlich errichtet werden. Ebenso ist zu ihrem Bestande die Annahme des Beschenkten nicht erforderlich; und selbst wenn sie geschähe, würde die Schenkung dadurch allein (wofern nämlich nicht auch die beiden andern Erfordernisse des §. 956 eintreten) noch nicht in einen Vertrag verwandelt werden. Der Geschenkgeber kann daher eine solche Schenkung nicht bloß aus den Gründen der §§. 947, 948 und 949, sondern nach Willkühr widerrufen, oder aber durch eine später errichtete letztwillige Anordnung (nach den §§. 713—716) wieder aufheben, und eben so gelten in Ansehung derselben auch die Bestimmungen der §§. 721—723 über den stillschweigenden, und jene der §§. 724 und 725 über den vermutheten Widerruf. Eine Schenkung dieser Art kann sich, wie ein Vermächtniß, nur auf eine einzelne Sache, Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe oder ein Recht, nicht aber auf das ganze Vermögen, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben erstrecken, denn sonst würde sie in eine Erbeseinsetzung übergehen, welche nach andern Grundsätzen zu beurtheilen kömmt. Der Beschenkte muß, um die geschenkte Sache zu erwerben, den Geschenkgeber überleben, und zur Zeit seines Todes erbfähig sein**). Das Geschenk bildet einen Theil des Nachlasses; ebenso tritt zwischen den Geschenknehmern und den Gläubigern des Erb-

*) Dolliner a. a. O.
**) Vgl. fr. 9, 22, 35. Dig. de m. c. don. (39, 6).

lassers, sowie dessen Notherben dasselbe Verhältniß ein, wie zwischen einem Legatare und den genannten Personen*). Reicht also die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Ausgaben und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zu, so muß sich der Beschenkte einen verhältnißmäßigen Abzug eben so gefallen lassen, wie die andern Vermächtnißnehmer (§. 692); endlich könnte die Erfüllung einer solchen Schenkung nur nach den Bestimmungen des §. 685 gefordert werden.

3) Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn die Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag betrachtet werden soll. In diesem Falle ist a) die Annahme von Seite des Beschenkten ein unerläßliches Erforderniß, da sich ohne diese überhaupt ein Vertrag nicht denken läßt (§. 861); b) es muß aber noch außerdem der Schenkende sich des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, ausdrücklich begeben haben. Nur hierdurch wird die Schenkung auf den Todesfall dem Vertrage näher gerückt, indem sich dieser von den einseitigen Willenserklärungen vorzüglich dadurch unterscheidet, daß in der Regel wenigstens keinem Theile das Recht zusteht, einseitig wieder von demselben abzugehen. Doch ist unter der Verzichtleistung auf den Widerruf nur der Verzicht auf das Recht einer willkührlichen Aufhebung, wie sie eben bei letztwilligen Anordnungen stattfindet, zu verstehen. Aus den Gründen der §§. 947—954 können auch solche Schenkungen, ungeachtet der im Mittel liegenden Begebung noch immer widerrufen werden, zumal das bezügliche Recht nicht nur dem Schenkenden, sondern auch dritten Personen (den Unterhaltsberechtigten, Notherben, Gläubigern, nachgebornen Kindern) zusteht, denen hierin nicht präjudicirt werden darf, und Verzichtleistungen überhaupt streng auszulegen sind**).

4) Ferner muß eine Schenkung auf den Todesfall, um wirklich ein Schenkungsvertrag zu werden, auch die für diesen im §. 943 vorgeschriebene Form erhalten. Da nun die Uebergabe der geschenkten Sache erst nach dem Tode des Schenkers erfolgen soll, so muß eine schriftliche Urkunde über die Schenkung errichtet werden, welche aber nur mit den zur Giltigkeit einer Urkunde überhaupt in der Gerichtsordnung geforderten Eigenschaften, und nicht mit den Erfordernissen eines schriftlichen letzten Willens versehen zu sein braucht, da Vermächtnisse und Verträge ganz verschiedene Rechtsgeschäfte sind, deren jedes seine eigenthümlichen Förmlichkeiten hat***). In dieser schriftlichen Urkunde muß übrigens nicht nur das Schenkungsversprechen, sondern auch die Verzichtleistung auf das Befugniß des Widerrufes und die Annahme des Beschenkten enthalten, sie muß demnach von dem annehmenden Theile mitgefertiget sein†). d) Endlich hebt

*) Vgl. fr. 17. Dig. l. c. dann fr. 3. pr., fr. 5. §. 7., fr. 20. pr. Dig. de leg. praest. (37, 3) u. a. m.

**) Dolliner, a. a. O. S. 349.

***) Dolliner, a. a. O. S. 344.

†) Dieß erhellt insbesondere daraus, daß es im Schlußsatze des §. 956 heißt, es müsse darüber, d. i. über die in dem Vordersatze erwähnte Annahme und Begebung des Widerrufsrechtes eine schriftliche Urkunde ausgefertiget werden. — Vgl. auch den in der allg. öster. Ger. Ztg. 1856, Nr. 53 dargestellten Rechtsfall, und die darin aufgeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 26. Februar 1856, Z. 1759.

der §. 956 noch insbesondere hervor, daß die eben erwähnte schriftliche Urkunde auch dem Beschenkten eingehändigt worden sein müsse, vermuthlich um dadurch die Perfection des Vertrages noch deutlicher ersichtlich zu machen.

5) Gegenstand des in Frage stehenden Vertrages kann nicht nur eine einzelne Sache, sondern auch das ganze gegenwärtige, oder die Hälfte des künftigen Vermögens sein. Dessen ungeachtet geht eine solche Schenkung noch nicht in einen Erbvertrag (§. 1249) über; denn dieser bezieht sich nur auf den Nachlaß oder einen Theil desselben, die Schenkung aber auf ein zur Zeit derselben in der Regel schon bestimmtes Vermögen; der Erbvertrag hindert (nach §. 1252) den Paciscenten nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten, während die Schenkung jede weitere Verfügung über die geschenkte Sache ausschließt; endlich setzt das Recht, welches aus dem Erbvertrag entsteht, den Tod des Erblassers voraus, und kann daher von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, nicht auf Andere übertragen werden, wogegen bei der Schenkung die Erfüllung des Vertrages zwar allerdings erst nach dem Tode des Schenkers erfolgen kann, das Recht selbst aber bereits im Momente der Abschließung des Schenkungsvertrages erworben, und nach §. 918 auch auf die Erben der Beschenkten transmittirt wird.

6) Was die Wirkungen anbelangt, welche einer solchen Schenkung zukommen, so bestehen sie darin, daß der Beschenkte wie ein anderer Gläubiger seine Befriedigung fordern kann, daß er daher den Vermächtnißnehmern und selbst den Notherben (nach §. 785) vorgeht, und daß die Fähigkeit, zur Abschließung eines derartigen Schenkungsvertrages nicht nach den Grundsätzen über die Erbfähigkeit beurtheilt werden darf, sondern daß dabei die Vorschriften der §§. 865—868 zur Anwendung kommen.

Neunzehntes Hauptstück.

Vom Verwahrungsvertrage.

§. 957.

Verwahrungsvertrag.

Wenn jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt; so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Theil verbindlich; es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag.

§. 958.

Durch den Verwahrungsvertrag erwirbt der Uebernehmer weder Eigenthum noch Besitz, noch Gebrauchsrecht; er ist bloßer Inhaber mit der Pflicht, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern.

§. 959.

Wann er in einen Darleihens- oder Leihvertrag;

Wird dem Verwahrer auf sein Verlangen, oder durch freiwilliges Anerbieten des Hinterlegers der Gebrauch gestattet, so hört im ersten Falle der Vertrag gleich nach der Verwilligung, im zweiten aber von dem Augenblicke, da das Anerbieten angenommen, oder von der hinterlegten Sache wirklich Gebrauch gemacht worden ist, auf, ein Verwahrungsvertrag zu sein; er wird bei verbrauchbaren Sachen in einen Darleihens-, bei unverbrauchbaren in einen Leihvertrag umgeändert, und es treten die damit verbundenen Rechte und Pflichten ein.

§. 960.

oder in eine Bevollmächtigung übergehe.

Es können bewegliche und unbewegliche Sachen in Obsorge gegeben werden. Wird aber dem Uebernehmer zugleich ein anderes, auf die anvertraute Sache sich beziehendes Geschäft aufgetragen; so wird er als ein Gewalthaber angesehen.

1) Der Verwahrungsvertrag (auch Hinterlegungscontract genannt, das depositum der Römer)*) ist derjenige Vertrag, vermöge dessen Jemandem eine fremde Sache in die Obsorge übergeben und von diesem übernommen wird**). Derjenige, der die Sache übergibt, wird der Hinterleger (doponens), derjenige, welcher sie zur Aufbewahrung übernimmt, der Verwahrer (depositarius) genannt. Erfolgt die Uebernahme, ohne daß die Sache dem Uebernehmer von dem Eigenthümer oder einem andern Inhaber anvertraut wurde, wie z. B. wenn der Finder einer verlornen Sache dieselbe zur Aufbewahrung erhält (§. 390), so kommen anderweitige Rechtsgrundsätze, allenfalls jene, über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§. 1035) zur Anwendung.

2) Der Verwahrungsvertrag setzt voraus, daß die übergebene Sache eine fremde sei. Würde also Jemandem aus Irrthum oder wissentlich, z. B. vom Pfandgläubiger oder Fruchtnießer seine eigene Sache zur Verwahrung

---

*) Dig. (13, 3). Cod. (4, 34) depositi vel contra.

**) Nippel, Erläut Bd. 6, S. 259, gegen Schuster, Beiträge zur Hermeneutik des a. b. G. B. in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1828. II. S. 192.

übergeben, so entsteht kein Depositum *). Dagegen ist es gleichgiltig, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche **), eine verbrauchbare oder unverbrauchbare (§. 959) sei ***).

3) Der Verwahrungsvertrag wird nur zum Besten des Uebergebers geschlossen, dem es unter besondern Umständen schwer oder unmöglich sein kann, die Sache unter seiner Obhut zu behalten; der Depositar erwirbt also in der Regel daraus keine Rechte, und zwar weder das Eigenthum noch den Gebrauch der Sache; er wird wohl Inhaber aber nicht Besitzer derselben (§. 1362), da ihm der animus possidendi (vgl. Bd. 1, S. 631 d. W.) fehlt; ja wenn er in der Folge auch wirklich diesen Willen faßte, so käme die Vorschrift des §. 319 zur Anwendung. Wird dagegen dem Verwahrer der Gebrauch der hinterlegten Sache von dem Deponenten gestattet, so geht das bisherige Depositum in einen andern Vertrag über, uud zwar bei verbrauchbaren Sachen in ein Darleihen (§. 983), bei unverbrauchbaren in einen Leihvertrag (§. 971) †), vorausgesetzt, daß im letzteren Falle die Zeit des verwilligten Gebrauches ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch die Absicht desselben nach §. 973) bestimmt wurde, indem sonst nur ein s. g. Bittleihen (§. 974) entstehen würde, in Folge dessen die Sache nach Willkühr zurückgefordert werden könnte ††). Was den Zeitpunct anbelangt, in welchem die eben angedeutete Veränderung vor sich geht, so kömmt zu unterscheiden, ob der Verwahrer um die Verwilligung des Gebrauches angesucht hat oder nicht. Im ersten Falle hört der Vertrag gleich nach erfolgter Verwilligung †††) auf, ein Verwahrungsvertrag zu sein.

---

*) Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur. fr. 15. Dig. (16, 3). — Neque pignus, neque depositum . . . . rei suae consistere potest. fr. 45. pr. Dig. de reg. jur. (50, 17). — Schuster (a. a. O.) behauptet das Gegentheil, vorzüglich mit Bezugnahme auf die Analogie aus §. 1093. — Allein zur Analogie kann nur dann gegriffen werden, wenn es an einer gesetzlichen Bestimmung mangelt, was aber hier durchaus nicht der Fall ist, da der §. 957 das Object des Verwahrungvertrages ausdrücklich als eine fremde Sache bezeichnet, und kein Grund vorhanden ist, von dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung abzuweichen. — S. auch Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 155.

**) Nach römischem Rechte wird wohl eine bewegliche Sache vorausgesetzt. Puchta, a. a. O. §. 321. — Thibaut, a. a. O. §. 480.

***) Bei fungiblen Sachen entsteht nach römischem Rechte, wenn sie dergestalt deponirt worden, daß sie nicht in specie, sondern nur in genere zurückgestellt zu werden brauchen, ein s. g. depositum irregulare, d. h. Eigenthum und Gefahr geht auf den Depositar über, sonst aber wird das Geschäft wie ein Depositum behandelt. fr. 24. fr. 25. §. 1. fr. 26. §. 1. Dig. l. c. Puchta, a. a. O. §. 321; Thibaut a. a. O. §. 481.

†) Auch in einen Bestandvertrag könnte das Depositum übergehen, wenn für den verwilligten Gebrauch der unverbrauchbaren Sache ein bestimmter Preis bedungen würde (§. 1090). — Vgl. Schusters Abhandlung: In welche Verträge kann der Verwahrungsvertrag verwandelt werden? (in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1830. II. S. 43).

††) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 269.

†††) Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva et Proculus: etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse, ajunt. Et est verum, ut et Marcello videtur; animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici. fr. 9. §. 9. Dig. de reb. cred. (12, 1).

Wurde dagegen dem Uebernehmer der Gebrauch der hinterlegten Sache bloß angeboten, ohne daß er darum ersuchte, so muß erst seine ausdrückliche oder stillschweigende Annahme hinzutreten, um den Uebergang des Verwahrungsvertrages in einen andern zu bewirken. Eine solche stillschweigende Annahme ist insbesondere dann vorhanden, wenn von der deponirten Sache wirklich Gebrauch gemacht wird *).

4) Die Verpflichtung des Uebernehmers darf ferner nur auf die Verwahrung der hinterlegten Sache gerichtet sein; werden ihm anderweitige, auf die anvertraute Sache bezügliche Geschäfte, z. B die Vermiethung der Wohnungen in dem seiner Aufsicht anvertrauten Hause aufgetragen, so entsteht kein Verwahrungs-, sondern ein Bevollmächtigungsvertrag (§. 1002)**), oder wenn ein gewisser Lohn im Gelde für die übernommene Mühewaltung bedungen worden wäre, ein Lohnvertrag (§. 1151).

5) Ein wesentliches Erforderniß des Verwahrungsvertrages ist es ferner, daß die zur Obsorge anvertaute Sache auch wirklich übergeben worden sei, er ist daher ein s. g. Realvertrag (s. oben S. 15). Das angenommene Versprechen, eine noch nicht übergebene Sache erst in die Obsorge übernehmen zu wollen, ist daher ein s. g. präparatorischer Vertrag, der nach §. 936 zu beurtheilen kömmt.

6) Daß die Verwahrung unentgeltlich besorgt werde, ist zwar nach römischem***), nicht aber nach österreichischem Rechte ein wesentliches Erforderniß des Verwahrungsvertrages (§. 969).

§. 961.

Die Hauptpflicht des Verwahrers ist: die ihm anvertraute Sache durch die bestimmte Zeit sorgfältig zu bewahren, und nach Verlauf derselben dem Hinterleger in eben dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat, und mit allem Zuwachse zurück zu stellen. Pflichten und Rechte des Verwahrers;

§. 962.

Der Verwahrer muß dem Hinterleger auf Verlangen die Sache auch noch vor Verlauf der Zeit zurück stellen, und kann nur den Ersatz des ihm etwa verursachten Schadens begehren. Er kann hingegen die ihm anvertraute Sache nicht früher

*) Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam in debitum iri non est certum. fr. 10. Dig. de reb. cred. (12, 1). — Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, uttereris, prius, quam utaris, depositi teneberis. fr. 1. §. 34. Dig. depos. (16, 3).

**) Vgl. fr. 1. §. 9. Dig. dep. (16, 3); fr. 1. §§. 11, 13. ibd.

***) Si vestimenta servanda balneatori data perierint, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat praestare debere puto, quodsi accepit, ex conducto. fr. 1. §. 8. Dig l. c. (16, 3).

zurück geben; es wäre denn, daß ein unvorhergesehener Umstand ihn außer Stand setzte, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren.

§. 963.

Ist die Verwahrungszeit weder ausdrücklich bestimmt worden, noch sonst aus Nebenumständen abzunehmen; so kann die Verwahrung nach Belieben aufgekündet werden.

1) Der Depositar übernimmt die Verpflichtung, die ihm anvertraute Sache sorgfältig zu bewahren. Der Grad des Fleißes, den er dabei aufzuwenden hat, richtet sich nicht nach der Sorgfalt, welche er bei der Verwahrung seiner eigenen Sache anzuwenden pflegt, sondern nach der Natur und dem Werthe des anvertrauten Gegenstandes, so wie nach den obwaltenden anderweitigen Umständen. Die Haftung des Verwahrers in dieser Beziehung wird bei der Erläuterung der §§. 964 und 965 noch weiter besprochen werden.

2) Was die Zeit anbelangt, durch welche die Verwahrung Platz zu greifen hat, so kann sie ausdrücklich oder stillschweigend durch den aus den Umständen hervorleuchtenden Zweck oder Beweggrund (z. B. wegen einer Feuers- oder Wassergefahr, wegen einer Reise u. dgl.) bestimmt sein, und muß dann von dem Verwahrer eingehalten werden, es wäre denn, daß die im Schlußsatze des §. 962 angedeutete Ausnahme einträte. Wäre gar keine Zeitbestimmung getroffen worden, so kann die Zurückstellung jederzeit erfolgen (§. 963). Selbst wenn aber eine Zeit der Aufbewahrung bestimmt worden wäre, ist der Deponent berechtiget, auch noch vor Ablauf derselben die Sache zurückzufordern (§. 962), da die gedachte Bestimmung nur zu seinen Gunsten erfolgte (s. oben S. 152)*), und er auf diesen Vortheil verzichten kann. Würde durch die vorzeitige Rückforderung dem Verwahrer ein Schaden verursacht, so muß ihm dieser nach allgemeinen Grundsätzen (§. 1295) vergütet werden (§. 962).

3) Die Rückstellung der verwahrten Sache hat in dem Zustande zu erfolgen, in welchem sie übernommen wurde, weil es eben die Pflicht des Verwahrers ist, sie vor jedem Schaden zu behüten. Ebenso muß er auch Alles herausgeben, was derselben etwa zugewachsen ist, da ihm kein Benützungsrecht daran zusteht (§. 958). Dieser Restitutionspflicht kann sich der Verwahrer weder durch die Einwendung der Compensation (§. 1140)**) noch unter dem Vorwande eines, in unseren Gesetzen ohnehin nicht anerkannten Retentionsrechtes (§. 471)***) entziehen.

---

*) Vgl. fr. 1. §§. 22, 45, 46. Dig. l. c. (16, 3).

**) . . . . nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur. §. 30. Inst. de act. (4, 6).

***) Const. 11. Cod. depos. (4, 34).

4) Wird dem Verwahrer die hinterlegte Sache von Mehreren abgefordert, so ist sie nach der Anordnung des §. 348 Demjenigen herauszugeben, von dem sie hinterlegt wurde, und die Uebergabe den Uebrigen bekannt zu machen; im Allgemeinen würde aber, wenn ein Hinderniß der Rückstellung von Seite des Hinterlegers eintritt, die Vorschrift des §. 1425 zu beobachten kommen.

5) Ist der Verwahrungsvertrag in einen andern (§§. 959 und 960) übergegangen, so kommen bezüglich der Rückstellung nicht mehr die Grundsätze des vorstehenden Paragraphen, sondern diejenigen Normen zur Anwendung, welche für das fragliche Geschäft (z. B. den Leihvertrag, das Darleihen, den Bestandvertrag u. dgl.) gelten.

§. 964.

Der Verwahrer haftet dem Hinterleger für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, aber nicht für den Zufall; selbst dann nicht, wenn er die anvertraute, obschon kostbarere Sache, mit Aufopferung seiner eigenen hätte retten können.

§. 965.

Hat aber der Verwahrer von der hinterlegten Sache Gebrauch gemacht, hat er sie ohne Noth und ohne Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben, oder die Zurückstellung verzögert, und die Sache leidet einen Schaden, welchem sie bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre; so kann er keinen Zufall vorschützen, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet.

1) Die Haftung des Verwahrers im Falle einer Beschädigung oder des gänzlichen Unterganges der verwahrten Sache folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen (§§. 1295 und 1311). Er verantwortet also nicht nur jede absichtliche Beschädigung (dolus), sondern auch sein Verschulden, und zwar vorzugsweise jenes, welches in der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge gelegen ist*); ferner trifft ihn auch derjenige Zufall, den er durch sein Verschulden herbeigeführt hat (§. 1311). Das Gesetz hebt in dieser Beziehung insbesondere drei Fälle hervor: a) wenn der Verwahrer von der hinterlegten Sache Gebrauch gemacht hat — versteht sich, ohne daß ihm dieser verwilligt wurde (§. 1305); — wenn also Jemand die ihm anvertraute Sackuhr, weil er die seinige gerade repariren läßt, auf eine Reise mitnimmt, auf welcher sie ihm geraubt wird, so kann er diesen Zufall nicht

*) Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestet, fraude non caret; nec enim salva fide minorem his, quam suis rebus deligentiam praestabit. fr. 32. Dig. l. c. (16, 3).

vorschützen, um sich von der Ersatzleistung zu befreien, weil die Sache nicht beschädigt worden wäre, wenn er seine Verpflichtung erfüllt hätte *).

b) Wenn der Verwahrer die anvertraute Sache ohne Noth und ohne Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben hat **), so hat er jenen Zufall zu verantworten, der sie bei ihm (dem Verwahrer) nicht getroffen hätte.

c) Hat der Depositar die Zurückstellung der hinterlegten Sache gegen die Vorschrift des §. 962 verzögert, so hat er denjenigen Zufall zu tragen, dem sie bei dem Hinterleger, wenn die Rückgabe rechtzeitig erfolgt wäre, nicht ausgesetzt gewesen wäre***).

2) Dagegen kann der bloße Zufall (§. 1311) dem Verwahrer nicht zugerechnet werden, und zwar selbst dann nicht, wenn er die anvertraute, obschon kostbarere Sache mit Aufopferung seiner eigenen hätte retten können, weil er sich dazu nicht anheischig gemacht (§. 957), weil nach natürlichen Menschengefühlen Jedermann bei einer gemeinsamen Gefahr zunächst wohl an die Rettung seiner eigenen Sachen denkt, und in einem solchen Falle nicht verlangt werden kann, daß er den Werth der einen und der andern so genau gegen einander abwäge, weil er endlich, selbst wenn er, um das hinterlegte Gut zu retten, sein Eigenthum geopfert hat, nicht immer die volle Vergütung, sondern nach §. 967 nur einen angemessenen Ersatz erhält.

3) Der (bloße) Zufall, durch welchen die in Verwahrung übernommene Sache Schaden gelitten hat, muß jedenfalls von dem Verwahrer selbst erwiesen werden, da überhaupt jeder, welcher vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit (§. 961) ohne sein Verschulden verhindert worden sei, nach §. 1298 den Beweis darüber zu führen hat.

§. 966.

Wenn Sachen verschlossen oder versiegelt hinterlegt, und in der Folge das Schloß oder Siegel verletzet worden; so ist der Hinterleger, wenn er einen Abgang behauptet, zur Beschwörung seines Schadens, in so fern derselbe nach seinem

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 278.

**) Nach römischem Rechte kann der Deponent in diesem Falle die Prästation der Klage fordern. Si is, — heißt es im fr. 16. Dig. l. c. — apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum ejus, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.

***) Nur auf diesen Fall kann sich der im §. 965 enthaltene Beisatz beziehen, daß jener Schade zu vertreten sei, welchem die Sache bei dem Hinterleger „nicht ausgesetzt gewesen wäre", nicht auch auf die beiden vorhergehenden Fälle, denn das Gesetz geht offenbar von dem Grundsatze aus, daß der Verwahrer jenen zufälligen Nachtheil zu verantworten habe, welcher sich nicht ereignet haben würde, wenn er seinen Verpflichtungen als Verwahrer genau nachgelebt hätte. (Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 279).

Stande, Gewerbe, Vermögen und den übrigen Umständen wahrscheinlich ist, nach Vorschrift der Gerichtsordnung zuzulassen; es wäre denn, daß der Verwahrer beweisen könnte, daß die Verletzung des Schlosses oder Siegels ohne sein Verschulden geschehen sei. Das nämliche hat auch dann zu gelten, wenn sämmtliche auf solche Art hinterlegte Sachen in Verlust gerathen sind.

1) Sobald der Hinterleger einen Ersatzanspruch gegen den Verwahrer erhebt, muß er sowohl das Factum der eingetretenen Beschädigung (das Quale), als den Betrag seines Schadens (das Quantum) nach den allgemeinen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren beweisen; den Beweis eines Verschuldens von Seite des Depositars braucht er, dem oben Gesagten zu Folge, nicht zu liefern. Wurden Sachen verschlossen oder versiegelt hinterlegt, und werden sie in eben diesem Zustande wieder zurückgestellt, so streitet die Vermuthung dafür, daß alle unter dem Verschlusse befindlich gewesenen Gegenstände auch unverletzt geblieben seien. Wird dagegen das Behältniß eröffnet gefunden, oder ist dasselbe gänzlich abhanden gekommen, so wird der Hinterleger sogleich zu dem s. g. Schätzungseide (juramentum litis aestimatorium) zugelassen, um das Maß des Schadens, der ihm durch den gänzlichen Verlust oder durch einen Abgang an den hinterlegten Sachen zugegangen ist, darzuthun. Den Beweis eines Verschuldens von Seiten des Verwahrers hat er nicht zu liefern, weil der Umstand, daß das Schloß oder Siegel verletzt gefunden wurde, eine Nachlässigkeit oder gar eine unlautere Absicht des Letzteren vermuthen läßt. Immerhin stünde es aber dem Verwahrer frei, den Gegenbeweis zu führen, daß die Verletzung des Schlosses oder Siegels ohne sein Verschulden geschehen sei, in welchem Falle sohin wieder die allgemeinen processualischen Vorschriften zur Anwendung kommen.

2) Nach §. 214 lit. c der allg. G. O. *) ist in dem Falle, als Jemand das in der bestimmten Zeit nicht übergibt, liefert oder verrichtet, was er zu übergeben, zu liefern oder zu verrichten schuldig zu sein wohl weiß, der Gegner zuzulassen, seinen Schaden zu beschwören. Dieser ist sohin (nach §. 215 ebd.) **) befugt, alles dasjenige einzurechnen, was ihm insbesondere daran liegt, sein Recht in der gehörigen Zeit nicht erhalten zu haben, es möge solches in einem zugegangenen Schaden, oder entgangenen Nutzen bestehen. — Wenn er diesen Schaden zu hoch schätzte, soll ihn der Richter in dem Urtheil nach Billigkeit, doch immer mit mehrerer Rücksicht auf den Beschädigten, mäßigen und den Kläger zulassen, den gemäßigten Betrag zu beschwören (§. 216 ebd.) ***).

---

*) §. 288 der gal., §. 278 der ital. G. O., und §. 273 der ung. und siebenb. G. O. bestimmt: Wer zufolge des allgemeinen bürgerlichen Rechtes Schadloshaltung oder Genugthuung zu fordern berechtigt ist, kann über den Betrag derselben, in so fern dieser nicht auf andere Art erwiesen ist, oder aus der Natur der Sache fließt, zum Schätzungseide zugelassen werden.

**) §. 289 der gal., §. 279 der ital. G. O.

***) §. 290 der gal., §. 280 der ital. und §. 274 der ung. und siebenb. Gerichtsordnung.

3) Bei der Beurtheilung, ob der angegebene Schade wahrscheinlich sei oder nicht, hat der Richter auf den Stand, das Gewerbe, das Vermögen des Hinterlegers und die übrigen Umstände zu sehen, die sich theils auf die Art der Beschädigung des Schlosses oder Siegels, theils auf die Umstände, unter denen die Uebergabe stattgefunden hat, u. dgl. beziehen können.

§. 967.

und des Hinterlegers.

Der Hinterleger ist verpflichtet, dem Verwahrer den schuldbarer Weise zugefügten Schaden, und die zur Erhaltung der verwahrten Sache, oder zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten zu ersetzen. Hat der Verwahrer im Nothfalle, um das hinterlegte Gut zu retten, seine eigenen Sachen aufgeopfert, so kann er einen angemessenen Ersatz fordern. Die wechselseitigen Forderungen des Verwahrers und Hinterlegers einer beweglichen Sache können aber nur binnen dreißig Tagen von Zeit der Rückstellung angebracht werden.

1) Aus dem Verwahrungsvertrage wird in der Regel nur der Depositar verpflichtet, doch kann auch für den Hinterleger eine Verpflichtung entstehen, welche aber eigentlich nicht aus der Natur des Verwahrungsvertrages, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen über den Schadenersatz und die Genugthuung hervorgeht. Dieß ist zuvörderst der Fall, wenn der Hinterleger dem Verwahrer schuldbarer Weise einen Schaden zugefügt hat (§. 1295), indem z. B. die hinterlegte Sache mit einem ansteckenden Mangel behaftet war u. dgl.*).

2) Weiters ist der Hinterleger verpflichtet, dem Verwahrer die zur Erhaltung der Sache aufgewendeten Kosten zu ersetzen, da der Depositar sich nur zur unentgeltlichen Mühewaltung, nicht aber zu einem Aufwande aus dem Seinigen anheischig gemacht**). Dieser Ersatz muß nach der Vorschrift des §. 1014 selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge geleistet werden, da in dem Verwahrungsvertrage selbst schon die Bevollmächtigung zu Allem liegt, was die Erhaltung der Sache nothwendig macht. Aus diesem Principe fließt auch das Recht des Verwahrers für die Aufopferung seiner eigenen Sache zur Rettung des hinterlegten Gutes einen angemessenen Ersatz zu fordern. Bei der Bestimmung desselben müßte auf den Werth der geretteten, wie der aufgeopferten Sache Rücksicht genommen, in keinem Falle aber könnte der Hinterleger verpflichtet werden, mehr zu leisten als der Werth des geretteten Gegenstandes beträgt***). Eine Belohnung (vgl. §. 403) zu fordern ist der Verwahrer nicht berechtigt, weil er sich im

---

*) Vgl. fr. 5. pr. Dig. dep. (16, 3).

**) Actione depositi conventus, servo constituto cibariorum nomine, apud eundem judicem utiliter experietur. fr. 23. Dig. l. c.

***) Der allgemeine Grundsatz des §. 1041 muß hier der speciellen Verfügung des §. 967 weichen.

Vertrage insbesondere verbindlich gemacht hat, die übernommene Sache möglichst vor Schaden zu bewahren.

3) Hat der Verwahrer nicht zur Erhaltung der Sache, sondern zur Vermehrung der Nutzungen derselben einen Aufwand gemacht, so kann er, wenn nicht die Bewilligung des Hinterlegers hinzugetreten ist, nur als ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt werden, und es kommen daher die §§. 1037 und 1038 auf ihn anzuwenden.

4) Die wechselseitigen Forderungen des Verwahrers und Hinterlegers auf Schadenersatz sind am Schlußsatze des §. 967 hinsichtlich ihrer Geltendmachung bei beweglichen Sachen auf die kurze Frist von 30 Tagen, von der Zeit der Zurückstellung an gerechnet, eingeschränkt, weil es in der Regel schwierig sein dürfte, nach einer längeren Zeitfrist mit Zuverlässigkeit darüber zu erkennen. Und zwar muß binnen des erwähnten Zeitraumes die Forderung nicht nur außergerichtlich eingemahnt, sondern wirklich mittelst Klage geltend gemacht werden, weil das Gesetz sich des Ausdruckes „angebracht werden" bedient, welcher offenbar auf das „Anbringen einer Klage bei Gericht" hindeutet. Bei unbeweglichen Gütern treten die allgemeinen Verjährungsvorschriften ein. Die Klage auf Rückstellung der hinterlegten Sache kann aber gegen den Depositar oder dessen Erben zu jeder Zeit angestellt werden, da dieselbe weder der eigentlichen Verjährung (§§. 1459 u. 1481) unterliegt, noch von Seite des Verwahrers eine Ersitzung (§. 1462) Platz greifen kann.

§. 968.

Wird eine in Anspruch genommene Sache von den streitenden Parteien oder vom Gerichte jemanden in Verwahrung gegeben, so heißt der Verwahrer, Sequester. Die Rechte und Verbindlichkeiten des Sequesters werden nach den hier festgesetzten Grundsätzen beurtheilet. Sequester.

1) Die Uebergabe eines Gegenstandes in die Verwahrung eines Dritten, um streitige Ansprüche daran zu sichern, wird Sequestration genannt. Sie beruht entweder auf einer Uebereinkunft der streitenden Parteien (sequestratio voluntaria) *), oder auf einer richterlichen Verfügung (sequestratio necessaria) **). Veranlassung hiezu findet sich in den Fällen

*) Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt, dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur. fr. 110. Dig. de verb. sign. (50, 16). — Proprie autem in sequestro est depositum, quod a pluribus in solidun certa conditione custodiendum reddendumque traditur. fr. 6. Dig. dep. (16, 3). — Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrum non nisi plures deponere possunt; nam tum id fit, quum aliqua res in controversiam deducitur. fr. 17. pr. ibd.

**) Si . . dotem eum [maritum] dissipare manifestum est, ut non hominem frugi, oportet tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia. fr. 22. §. 8. Dig. sol. matr. (24, 3).

der §§. 347, 348, 390, 471, 812 und 1425 des b. G. B. Nach den Vorschriften der Gerichtsordnung findet eine Sequestration theils als vorläufiges Sicherstellungsmittel theils im Executionswege statt. Das Erstere a) wenn zwischen dem Kläger und dem Beklagten streitig ist, welchem Theile der Besitz einer Sache oder Gerechtsame gebühre, und kein Theil sein Recht sogleich erweisen kann (§. 292 der allg., §. 387 der gal., §. 376 der ital. und §. 425 der ung. u. siebenb. G. O.); b) wenn der Kläger eine Sache oder Gerechtsame anspruchig macht, in deren Besitz der Geklagte sich befindet, und eine Gefahr erweislich macht, daß der Beklagte solche während dem Processe veräußern, verderben oder Schaden nehmen lassen dürfte (§. 293 der allg., §. 388 der gal., §. 377 der ital. u. §. 427 der ungar. und siebenb. G. O.)*).

Die executive Sequestration hat dann einzutreten, wenn a) der Kläger auf Früchte oder Gefälle die Execution führt (§. 320 der allg., §. 442 der gal., §. 411 der ital. und §. 480 der ung. und siebenb. G. O. — vgl. auch §§. 1135 u. 1136 des a. b. G. B., und Bd. 2, S. 73 d. W.); dann b) wenn die Execution auf ein fahrendes Gut des Schuldners geführt wird, und der Kläger verlangt, daß dasselbe auf seine Gefahr einem Dritten in Verwahrung gegeben (transferirt) werde (§§. 340 und 343 der allg., §§. 451 und 454 der gal., §§. 440 und 443 der ital. und §§. 526 und 530 der ung. und siebenb. G. O.).

2) Wie bei der Aufstellung eines gerichtlichen Sequesters vorzugehen sei, ist in den Proceßgesetzen enthalten und kömmt hier nicht weiter zu erörtern.

3) Ist die Sequestration durch einen Vertrag begründet worden, so ist der Inhalt desselben für die Rechte und Verbindlichkeiten des Sequesters maßgebend. In Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen kommen die Grundsätze über den Verwahrungsvertrag, oder, wenn dem Sequester nicht bloß die Aufbewahrung, sondern auch die Verwaltung der sequestrirten Sache anvertraut worden wäre, jene über die Bevollmächtigung oder den Lohnvertrag zur Anwendung. Doch liegt es in der Natur der Sache, daß die Zurückstellung nur dann erfolgen kann, wenn die Bedingung der Sequestration eingetreten ist, oder wenn diese durch ein neuerliches Uebereinkommen der Parteien, oder durch eine richterliche Verfügung wieder aufgehoben wurde.

4) Die Rechte und Verbindlichkeiten des gerichtlichen Sequesters sind theils aus den eben erörterten Bestimmungen des a. b. G. B., theils aus den, hier nicht weiter zu erörternden Vorschriften der Gerichtsordnung zu entnehmen.

5) Wird eine Sache bei Gericht selbst hinterlegt, so sind die besonders darüber bestehenden Vorschriften (über das s. g. Depositenwesen) zu beobachten. (Vgl. die Instr. f. die cassamäßige Behandlung des Waisen-, Curanden- und Depositenvermögens vom 16. November 1850, Nr. 448

*) Nach §. 389 der galiz., und §. 378 der ital. G. O. kann auch eine Sache, die der Kläger nicht anspricht, sondern der Beklagte eigenthümlich besitzt, in denjenigen Fällen sequestrirt werden, in welchen der Arrest stattfindet.

des R. G. Bl., dann die Justiz-Minist.-Vdg. v. 17. Mai 1850, Nr. 93 des R. G. Bl. für Ungarn u. s. w. und Siebenbürgen).

§. 969.

Ein Lohn kann für die Aufbewahrung nur dann gefordert werden, wenn er ausdrücklich, oder nach dem Stande des Aufbewahrers stillschweigend bedungen worden ist. Ob dem Verwahrer ein Lohn gebühre.

1) Es ist schon oben (S. 153) bemerkt worden, daß der Verwahrungsvertrag zwar der Regel nach zu den unentgeltlichen gehört, daß dieß aber nicht, wie im römischen Rechte, ein wesentliches Erforderniß desselben ist. Allerdings muß aber der Lohn, wenn er soll gefordert werden können, ausdrücklich oder stillschweigend bedungen worden sein. Eine solche stillschweigende Uebereinkunft könnte insbesondere aus dem Stande des Verwahrers gefolgert werden, wenn es nämlich zu dem Erwerbsgeschäfte des Letzteren gehört, gegen eine angemessene Entlohnung Gegenstände in Verwahrung zu nehmen, wie z. B. bei den Inhabern von s. g. Garderoben in Theatern und anderen öffentlichen Belustigungsorten der Fall ist. Auch bei Hinterlegung von Effecten in eine Depositenbank und andere dergleichen Anstalten muß ein entsprechender Lohn (die Depositengebühr) entrichtet werden.

2) Welche Gebühren für die Aufbewahrung gerichtlicher Depositen zu entrichten kommen, ist in den schon oben erwähnten, besonders darüber bestehenden Gesetzen enthalten (siehe insbesondere das kais. Patent vom 26. Jänner 1850, Nr. 18 des R. G. Bl., und den Finanzministerialerlaß vom 30. Jänner 1853, Nr. 20 des R. G. Bl., dann die Kriegsministerial-Verordnung vom 9. April 1853, Nr. 68 ebd. und den Finanzministerial-Erlaß vom 6. August 1855, Nr. 138 ebd.).

3) Wäre der Lohn weder durch die Verabredung noch durch ein Gesetz festgesetzt, so hat ihn nach §. 1152 der Richter zu bestimmen, und dabei wohl auf das in solchen Fällen Ubliche Rücksicht zu nehmen.

§. 970.

Wirthe, Schiffer oder Fuhrleute haften für Sachen, die von aufgenommenen Reisenden, oder als Fracht, ihnen selbst, oder ihren Dienstleuten übergeben worden sind, gleich einem Verwahrer (§. 1316).

1) Schon das prätorische Edict enthielt die Verfügung: nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo; und Ulpian fügt diesem Ausspruche die Begründung bei: Maxima utilitas est hujus edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere*). Diesem s. g.

---

*) fr. 1. §. 1. Dig. nautae, caup. etc. (4, 9).

Receptum ist offenbar die Verfügung des gegenwärtigen Paragraphen nachgebildet. Wiewohl daher der §. 1313 den Grundsatz aufstellt, daß in der Regel Niemand für fremde widerrechtliche Handlungen, woran er keinen Theil genommen hat, verantwortlich sei, so hat doch schon der §. 1316 als Ausnahme festgesetzt, daß Wirthe, Schiffer und Fuhrleute den Schaden, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause oder in ihrem Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen, zu verantworten haben, und die Art dieser Haftung ist nur im §. 970 näher dahin festgestellt, daß sie der eines Verwahrers gleich komme, weil in der That zwischen dem Uebernehmer und zwischen dem Reisenden oder Verfrachter durch die Aufnahme der Güter, die von ihm selbst oder von seinen Dienstleuten (also gewissermaßen in seinem Vollmachtsnamen) geschieht, stillschweigend ein Verwahrungsvertrag abgeschlossen wird*).

2) Die in Frage stehende Anordnung gilt:

a) von Wirthen, welche Reisende (wohl auch von s. g. Stallwirthen [stabulariis] welche Vieh) beherbergen, keineswegs aber von bloßen Schank- oder Speisewirthen, von Privatpersonen, welche nicht gewerbsmäßig, bloß in Folge eines außerordentlichen Anlasses (z. B. zur Markt- oder Badezeit, oder bei einer Festlichkeit) Fremde bei sich aufnehmen, von Gastwirthen, welche aber nicht als solche Jemanden (z. B. einen Verwandten) beherbergen**), oder einen Theil ihres Gasthofes zu gewöhnlichen Miethwohnungen verwenden, oder denselben ganz verpachten.

b) Die Anordnung des Gesetzes gilt ferner von Schiffern, d. i. solchen Personen, welche ein See- oder Flußschiff zum Transporte von Reisenden oder Waaren halten***), also den eigentlichen Schiffsherren, aber auch von diesen nicht, wenn sie ihr Schiff Jemanden ganz vermiethen.

c) Den Schiffern wurden schon vorlängst durch die Praxis, in unserm G. B. aber ausdrücklich, die Fuhrleute gleichgestellt, ebenfalls in so fern sie Reisende zum Transporte oder Waaren zur Verfrachtung in ihre Fuhrwerke aufnehmen †), nicht aber, wenn sie dieselben zu diesem Zwecke Jemanden miethweise überlassen ††). Auch wird von Beiden vorausgesetzt, daß

---

*) Thibaut, a. a. O. §. 501.

**) Eodem modo tenentur caupones et stabularii, qui exercentes negotium suum receperint. Ceterum si extra negotium receperint, non tenebuntur. fr. 3. §. 2. l. c.

***) Nautam accipere debemus eum, qui navem exercet. Quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sunt, sed de exercitore solummodo Praetor sentit. fr. 1. §. 2. Dig. l. c.

†) Ob die Verfrachtung von dem Eigenthümer der Waare, oder wieder von einem Fuhrmanne, der sie dem Andern zur Weiterbeförderung übergibt, geschehe, dürfte keinen Unterschied begründen. S. den von Kitka in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1836. I. S. 278 dargestellten Rechtsfall — und Dr. L. Schuster's Beitrag zur Erläuterung des §. 970 a. b. G. B. in Haimerl's Magaz. Bd. 9, S. 65.

††) Es kann daher die Anordnung des vorstehenden Paragraphen auf sogenannte Lohnkutscher, deren man sich bloß bedient, um von einem Stadttheile zum andern zu gelangen, z. B. Fiaker u. dgl. nicht angewendet werden, Dr. L. Schuster, a. a. O.

sie ihr Geschäft gewerbsmäßig betreiben, und daß die Aufnahme in der Ausübung dieses Geschäftes erfolgte. In wie fern bei öffentlichen Versendungsanstalten (der Post) für den Schaden eine Haftung übernommen werde, bestimmen besondere Vorschriften (§. 1317); eben so pflegen auch größere Privatanstalten (wie Eisenbahn-, Dampfschiffahrts-, Messagerie-Unternehmungen u. dgl.) oft eigene Bestimmungen über die in Frage stehende Haftung aufzustellen, die sohin als maßgebend erscheinen.

3) Damit von der in dem gegenwärtigen Paragraphe ausgesprochenen Haftung die Rede sein könne, müssen die Effecten der Reisenden oder die Frachtgüter dem Wirthe, Schiffer oder Fuhrmanne selbst, oder seinen (d. i. nach §. 1316 nicht nur den eigenen, d. h. in seinem Solde stehenden, sondern auch den von ihm zugewiesenen) Dienstleuten*) übergeben worden sein, indem erst durch diese Uebergabe das receptum (der stillschweigende Verwahrungsvertrag) zu Stande kömmt. Hätte eine solche Uebergabe nicht stattgefunden, so soll nach der Ansicht einiger Schriftsteller**) die Haftung zwar nicht nach dem §. 970, wohl aber nach §. 1316 eintreten. Wir können jedoch dieser Ansicht nicht beipflichten, denn auch der §. 1316 spricht nur von „übernommenen" Sachen, was doch anderseits offenbar ein Uebergeben voraussetzt; wäre dieß nicht nothwendig, so hätte sich allenfalls des Ausdruckes „eingebrachte Sachen" (wie im §. 1101) bedient werden müssen, es scheint also, daß der §. 970 keine von dem §. 1316 abweichende Bestimmung enthalte, sondern daß in dem ersterwähnten Paragraphe nur das Maaß der im §. 1316 überhaupt ausgesprochenen Ersatzpflicht festgestellt werden wollte. Allerdings ist es aber nicht nothwendig, daß der Reisende seine Effecten, die er mit sich in den Gasthof bringt, ausdrücklich dem Wirthe oder dessen Dienstleuten zur Verwahrung übergebe, sondern es erfolgt diese Uebergabe stillschweigend durch die Aufnahme des Fremden***).

4) Die in Frage stehende Haftung kann nur dann beseitigt werden, wenn sich bei der Aufnahme ausdrücklich dagegen verwahrt wird †), was z. B. bei einem ungewöhnlichen Andrange von Fremden, bei der Gefahr einer feindlichen Invasion u. dgl. stattfinden kann. Die bloße Uebergabe der Schlüssel an den Reisenden würde aber nicht die gleiche Wirkung hervorbringen ††).

5) Der Wirth, Schiffer oder Fuhrmann haftet gleich einem Verwahrer, also für jeden aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, mag derselbe durch sein eigenes Verschulden, oder durch das Verschulden seiner Dienstleute, der in seinem Geschäfte ver-

---

*) Vergleiche auch die gleichlautende Bestimmung im fr. 1. §§. 2, 3, 4. Dig. l. c.

**) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 168.

***) Vgl. den in der a. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 87 dargestellten Rechtsfall und die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 23. Mai 1854, Zahl 5329.

†) Item si praedixerit [exercitor] ut unus quisque vectorum res suas servet, neque damnun se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenietur. fr. 7. pr. Dig. l. c.

††) Thibaut, a. a. O. §. 501.

wendeten Angehörigen*), anderer Mitgäste oder dritter Personen zugefügt worden sein, wenn er nur im Gasthause, Schiffe oder Fuhrwerke und zwar an den Effecten des Reisenden, Frachtgütern oder eingestellten Thieren geschah**). Dagegen ist der Wirth u. s. w. für Handlungen des Reisenden oder Befrachters selbst und der eigenen Diener desselben, oder für einen bloßen Zufall (§. 964) nicht verantwortlich***); doch läge ihm hierüber allerdings der Beweis ob (§. 1298); auch kömmt die Vorschrift des §. 966 in dem vorliegenden Falle gleichmäßig zur Anwendung.

6) Wurde von Seite des Belangten Schadenersatz geleistet, so ist er nach §. 1423 berechtigt, die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes gegen den eigentlichen Schuldtragenden (Diener u. dgl.) zu verlangen.

Zwanzigstes Hauptstück.

Vom Leihvertrage.

§. 971.

Leihvertrag.

Wenn jemanden eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag.

1) Zu den wesentlichen Merkmalen des Leihvertrages (commodatum) gehört zuvörderst, a) daß der Gegenstand desselben entweder an und für sich, oder mit Rücksicht auf den von demselben zu machenden Gebrauch eine unverbrauchbare Sache (§. 301) sei, d. h. eine solche, welche nicht durch den Act des Gebrauches sofort zerstört wird, oder in das Eigenthum eines Andern übergeht (vgl. Bd. 1, S. 621 d. W.). Hierdurch unterscheidet sich der Leih- vom Darlehensvertrage (§. 983), indem zufolge des Ersteren dieselbe Sache wieder zurückgestellt werden muß

*) Dr. L. Schuster, a. a. O. S. 71.

**) Debet exercitor omnium nautarum suarum, sive liberi sunt, sivi servi, factum praestare. Nec immerito factum eorum praestet, quum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestet, quam si in ipsa nave datum sit; ceterum si extra navem, licet a nautis, non praestabit. fr. 7. pr. Dig. ibd.

***) . . . Labeo scribit: si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, aut damnum datum sit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit. fr. 3. §. 1. Dig. l. c.

(§. 972)*), während bei dem Letzteren nur eben so viel von derselben Gattung und Güte zurückzugeben kömmt (§. 983). Allerdings können aber auch Sachen, die an sich verbrauchbar sind, z. B. Geldstücke (§. 984) den Gegenstand eines Leihvertrages bilden, wenn ausdrücklich bestimmt wurde, daß sie nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehen, daß sie von ihm nur gebraucht, nicht verbraucht werden sollen, und daher in natura wieder zurückgestellt werden müssen; wie wenn Münzstücke bloß zum Putze, oder zum Markiren bei einem Spiele entlehnt wurden**). Auch macht es weiter keinen Unterschied, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist (z. B. ein Garten, ein Haus)***), wiewohl meistens nur bewegliche Sachen verliehen werden. Ja nach römischem Rechte bilden sogar unkörperliche Sachen einen Gegenstand des commodatum †), und wiewohl hier unser Sprachgebrauch widerstrebt, so läßt sich doch nicht verkennen, daß der ungenannte Vertrag durch welchen Jemandem der unentgeltliche Gebrauch eines Rechtes (§. 313), z. B. des Fußsteiges, auf eine bestimmte Zeit eingeräumt wird, wenigstens nach der Analogie des Leihvertrages beurtheilt werden müßte. Endlich kann auch eine fremde Sache verliehen werden††).

b) Ein weiteres Merkmal des Leihvertrages besteht darin, daß nicht das Eigenthum des Lehnstückes auf den Empfänger übertragen†††), sondern ihm bloß ein solcher Gebrauch desselben eingeräumt wird, welcher die Rückstellung der nämlichen Sache (§. 972) nicht hindert.

c) Ingleichen muß der Gebrauch unentgeltlich verstattet werden, indem sonst ein Bestandsvertrag (§. 1090) entsteht*†); und

---

*) Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur, ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. (3, 14).

**) Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. — Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. fr. 3. §. 6. fr. 4. Dig. commod. (13, 6).

***) Inter commodatum . . . et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodare enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. fr. 1. Dig. l. c.

†) Vivianus amplius — fährt das in der vorigen Note angeführte Fragment fort — etiam habitationem commodari posse. — Vgl. auch fr. 2. §. 3 u. fr. 3. Dig. de precar. (43, 26). Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat. — Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas.

††) Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possideamus. fr. 15. Dig. commod. (13, 6).

†††) Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. — Nemo enim commodandam rem facit ejus, cui commodat. fr. 8 u. 9. Dig. l. c.

*†) Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares; dedisti; non repignoras, ut mihi reddas. Labeo ait, commodati actionem locum habere. Quod

d) die Zeit des zu machenden Gebrauches ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch die Absicht des Gebrauches nach §. 973) bestimmt sein, widrigenfalls nur von einem s. g. Bittleihen (Precarium) die Rede sein könnte (§. 974)*).

e) Endlich gehört zum Begriffe des Leihvertrages, als einem Realcontracte, noch, daß die verliehene Sache wirklich schon übergeben worden sei. Der Vertrag, Jemandem erst künftig eine Sache zu leihen, käme nach den Grundsätzen des §. 936 zu beurtheilen.

2) Die geliehene Sache wird mit dem Namen Lehnstück (§§. 980 und 982), derjenige, der dasselbe zum unentgeltlichen Gebrauche übergibt, Verleiher (§§. 974, 976 u. s. f.), der Empfänger aber Entlehner (§§. 972 u. s. f.) genannt.

§. 972.

Rechte u. Pflichten des Entlehners: 1. Rücksicht des Gebrauches.

Der Entlehner erwirbt das Recht, den ordentlichen oder näher bestimmten Gebrauch von der Sache zu machen. Nach Verlauf der Zeit ist er verpflichtet, eben dieselbe Sache zurück zu stellen.

§. 973.

2. der Zurückstellung.

Wenn keine Zeit zur Zurückgabe festgesetzt, wohl aber die Absicht des Gebrauches bestimmt worden ist, so ist der Entlehner verbunden, mit dem Gebrauche nicht zu zögern, und die Sache so bald als möglich zurück zu geben.

1) Der Leihvertrag ist ein unentgeltlicher Vertrag, welcher bloß zum Vortheile des Entlehners abgeschlossen wird. Dieser erlangt das Recht, die entlehnte Sache zu gebrauchen, d. h. sie mit Schonung der Substanz, und ohne Bezug der Früchte oder Nutzungen zu seinem Vortheile zu verwenden. Er darf also z. B. von dem geliehenen Hause keinen Miethzins beziehen, und den geliehenen Garten wohl zum Spazierengehen u. dgl. benützen, keineswegs aber die Früchte der in demselben befindlichen Obstbäume sich aneignen. Würde ihm auch dieses und zwar unentgeltlich verwilligt, so entstände ein der Dienstbarkeit des Gebrauches (§. 504) oder des Fruchtgenusses (§. 509) ähnliches Recht, welches sich aber wesentlich dadurch unterscheidet, daß es nicht als ein dingliches, sondern nur als ein persönliches erscheint. — Die Art des Gebrauches kann übrigens durch die Verabredung der Paciscenten näher bestimmt, und über die Grenzen des ordentlichen (gewönlichen) Gebrauches hinaus erweitert, oder eingeschränkt werden, wie wenn z. B. dem Entlehner gestattet würde, ein Reitpferd auch in einem Fuhr-

---

ego puto verum esse, nisi merces intervenit; tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. fr. 5. §. 12. Dig. l. c.

*) So auch nach römischem Rechte. Vgl. Puchta, a. a. O. S. 319.

werke zu verwenden, oder wenn ihm anderseits ein Kleidungsstück nur als Muster, und nicht um sich damit zu bekleiden, geliehen worden wäre. Welche Folgen eintreten, wenn sohin die geliehene Sache anders gebraucht wird, als bedungen war, ist im §. 978 enthalten. Wurde über die Art des Gebrauches nichts bestimmt, so ist anzunehmen, daß jener Gebrauch verwilligt worden sei, welcher gewöhnlich von der in Frage stehenden Sache gemacht zu werden pflegt, daher ein Reitpferd nur zum Reiten, ein Kleidungsstück aber allerdings zum Tragen verwendet werden könnte.

2) Der Entlehner ist berechtigt, das Lehnstück durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen. Es ist schon oben S. 166 bemerkt worden, daß diese Zeitbestimmung ein wesentliches Merkmal des Leihvertrages bildet, daß sie aber nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend (§. 863) festgesetzt werden kann. Letzteres wird insbesondere dann eintreten, wenn die Absicht des zu machenden Gebrauches ausgedrückt wurde, wenn z. B. ein Wagen zur Unternehmung einer Reise, ein Bild zum Copiren entlehnt wurde u. dgl. In einem solchen Falle muß, wenn keine Zeit für den Anfang des Gebrauches bestimmt wurde, nach der Analogie des §. 904 sogleich, d. h. ohne unnöthigen Aufschub, mit demselben begonnen, und derselbe sobald als möglich vollendet werden, da bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen werden muß, daß sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte (§. 915). Hieraus fließt auch die Verfügung des §. 975, daß im Zweifel über die Dauer des Gebrauches zu Gunsten des Verleihers entschieden werden müsse. Anderseits ist dieser aber auch verpflichtet, dem Empfänger die Sache bis zum Ablaufe der ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit zu belassen*), und zwar dieß auch dann, wenn sie ihm während dieses Zeitraumes selbst unentbehrlich würde (§. 976), weil der Entlehner durch eine unerwartete Rückforderung (z. B. eines Reisewagens) leicht in die größte Verlegenheit versetzt werden könnte, und es anderseits dem Verleiher frei steht, für einen solchen Fall in vorhinein eine besondere Verabredung zu treffen.

3) Nach Verlauf der Zeit ist der Entlehner verpflichtet, eben dieselbe Sache, welche er erhalten, zurückzustellen, da ihm nicht das Eigenthum, sondern nur der Gebrauch derselben übertragen wurde, und zwar mit allem Zuwachse (z. B. mit dem von dem geliehenen Mutterpferde geworfenen Füllen) und allen daraus entstehenden Früchten. Was in dem Falle zu gelten hat, wenn die Zurückstellung nicht mehr möglich ist, wird im §. 979 näher bestimmt.

---

*) Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati, finemque praescribere ejus est, qui beneficium tribuit. Quum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem. fr. 17. §. 3. Dig. l. c. — Mehrere auswärtige Gesetzbücher machen eine Ausnahme zu Gunsten des Verleihers, wenn ihm die Sache selbst unentbehrlich wird, welche aber anderseits in große Unbilligkeit gegen den Entlehner ausarten kann.

§. 974.

Hat man weder die Dauer, noch die Absicht des Gebrauches bestimmt; so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen (Precarium), und der Verleiher kann die entlehnte Sache nach Willkühr zurück fordern.

1) Nach fr. 1. pr. Dig. (43, 26) ist ein precarium quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur, es unterscheidet sich also von dem Leihvertrage dadurch, daß hier die Ausübung des Eigenthums oder eines andern Rechtes Jemandem nur gegen beliebigen Widerruf überlassen wird. Einige Civilisten sehen in demselben einen ungenannten Contract*), Andere betrachten dasselbe nicht einmal als ein Rechtsgeschäft, sondern nur als eine besondere Qualification des Besitzes**). Unser Gesetzbuch sagt, daß das Bittleihen kein wahrer Vertrag sei, da dieser die Uebernahme einer bestimmten Verbindlichkeit (s. oben S. 37) erheischt, und erklärt es für unverbindlich, wohl in dem Sinne, daß der Verleiher die entlehnte Sache nach Willkühr zurückfordern kann, also nicht verpflichtet ist, sie durch eine irgendwie bestimmte Zeit dem Empfänger zu lassen. Würde dieser die Rückgabe verweigern, so würde er nach §. 345 zum unechten Besitzer, und es fänden gegen ihn die Rechtsmittel des §. 346 statt.

2) Der Ausdruck Bittleihen ist wie das römische Precarium von daher entnommen, daß einem solchen Zugeständnisse gewöhnlich eine Bitte (preces) vorauszugehen pflegt; doch ist dieß nicht wesentlich, und es kann das gleiche Verhältniß auch durch stillschweigende Gestattung von der Einen, und Annahme von der andern Seite erfolgen***).

3) Ueberhaupt gelten auch in Ansehung des Leihvertrages die beim Verwahrungsvertrage (s. oben S. 154) gemachten Bemerkungen.

§. 975.

Bei einem Streite über die Dauer des Gebrauches muß der Entlehner das Recht auf den längeren Gebrauch beweisen.

Aus der Verfügung dieses Paragraphen und des §. 915 würde wohl auch mit Grund gefolgert werden können, daß im Zweifel eher ein (unverbindliches) Bittleihen als ein (wahrer) Leihvertrag anzunehmen sei.

§. 976.

Wenn gleich die verlehnte Sache vor Verlauf der Zeit und vor geendigtem Gebrauche dem Verleiher selbst unentbehr-

---

*) Thibaut, a. a. O. §. 487.

**) Puchta, a. a. O. §. 136.

***) Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc tempus non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur enim dominus, quum patitur eum, qui precario rogavit, possidere, rursus precario concedere. fr. 4. §. 4. Dig. de prec. (43, 26).

lich wird; so hat er ohne ausdrückliche Verabredung doch kein Recht, die Sache früher zurück zu nehmen.

Vgl. die oben S. 167 gemachten Bemerkungen.

§. 977.

Der Entlehner ist zwar in der Regel berechtigt, die entlehnte Sache auch vor der bestimmten Zeit zurück zu geben; fällt aber die frühere Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich; so kann sie wider seinen Willen nicht Statt finden.

Da die Zeit des Gebrauches in der Regel nur zum Vortheil des Entlehners bestimmt wird, so ist es natürlich, daß er auf das ihm zustehende Recht, die entlehnte Sache durch die ganze ihm verwilligte Zeit zu behalten, verzichten, und sie daher auch früher, wann immer, zurückstellen kann. Dennoch macht das Gesetz hier zu Gunsten des Verleihers eine Ausnahme, wenn ihm z. B. wegen seiner Abwesenheit die frühere Zurückgabe beschwerlich fallen würde. Insbesondere wäre dieß dann der Fall, wenn der Verwahrungsvertrag nach §. 959 in einen Leihvertrag übergegangen wäre.

§. 978.

Wenn der Entlehner die geliehene Sache anders gebraucht als es bedungen war, oder den Gebrauch derselben eigenmächtig einem Dritten gestattet; so ist er dem Verleiher verantwortlich, und dieser auch berechtigt, die Sache sogleich zurück zu fordern. 3. der Beschädigung.

§. 979.

Wird die geliehene Sache beschädiget, oder zu Grunde gerichtet, so muß der Entlehner nicht nur den zunächst durch sein Verschulden verursachten, sondern auch den zufälligen Schaden, den er durch eine widerrechtliche Handlung veranlaßt hat, so wie der Verwahrer einer Sache ersetzen (§. 965).

1) Da der Verleiher, der in der Regel Eigenthümer der verliehenen Sache ist, durch den Leihvertrag dieses zu sein nicht aufhört, so trifft ihn nach §. 1311 der zufällige Schade, der sich an dem Lehenstücke ereignet hat*). Dagegen haftet der Entlehner gleich einem Verwahrer (§. 965) für sein Verschulden; also nicht bloß für den arglistiger Weise verursachten Schaden, sondern auch für jenen, welchen er durch seine Nachlässigkeit herbeigeführt hat, und er ist in dieser Beziehung verpflichtet, die entlehnte Sache, wie ein guter Hausvater sorg-

*) Vgl. fr. 5. §. 4, fr. 18. pr., f. 23. Dig. l. c.

fältig zu bewahren (§. 961)*). Ebenso ist er für jenen Zufall verantwortlich, den er durch sein Verschulden veranlaßt hat (§. 1311). Hierher rechnet das Gesetz insbesondere: a) wenn er die geliehene Sache anders gebraucht, als es bedungen war, z. B. das ihm bloß als Muster geliehene Kleid wirklich trägt, sobald es bei diesem Anlasse beschädigt wird. Offenbar muß hierher auch der Fall gerechnet werden, wenn die Art des Gebrauches nicht näher bestimmt wurde, und der Entlehner einen andern, als den ordentlichen Gebrauch davon macht; hat er sich dagegen innerhalb dieser Schranken gehalten, so trifft ihn keine Verantwortlichkeit**). b) Der Entlehner haftet ferner, wenn er den Gebrauch des Lehnstückes einem Dritten gestattet (vgl. §. 965), ohne daß ihm der Verleiher die Erlaubniß dazu gegeben, und c) wenn er die Zurückstellung desselben nach Ablauf der bestimmten Zeit verzögert, und die Sache einen Schaden leidet, welchem sie bei dem Verleiher nicht ausgesetzt gewesen wäre (§. 965). Dagegen kann ihm nicht aufgebürdet werden, seine, obschon minder kostbare Sache aufzuopfern, um das Lehnstück zu retten (§. 964)***).

2) In den unter a) und b) angeführten Fällen ist der Verleiher auch berechtigt, gegen die Vorschrift des §. 919, die verliehene Sache, sogleich, also auch noch vor Ablauf der bestimmten Zeit zurück zu fordern, damit sie nicht weiteren Verschlimmerungen ausgesetzt bleibe.

§. 980.

Dadurch, daß der Entlehner für ein verlornes Lehnstück den Werth erlegt, hat er noch kein Recht, dasselbe, wenn es wieder gefunden wird, gegen den Willen des Eigenthümers für sich zu behalten, wenn dieser bereit ist, den empfangenen Werth zurück zu geben.

Kann der Entlehner das Lehnstück, weil es auf eine schuldbare Weise verloren gegangen oder zu Grunde gerichtet worden ist, nicht zurückstellen, so muß er den Werth desselben (§. 1323) ersetzen. Wird nun in der Folge das verloren gegangene Lehnstück wieder aufgefun-

---

*) In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortis servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. fr. 18. pr. Dig. l. c. u. a. m.

**) Si commodavero tibi equum, quoutereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itenere deterior equus factus sit, non teneris commodati; nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit. fr. 23. Dig. l. c.

***) Dagegen heißt es im fr. 5. §. 4. Dig. l. c. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur [qui commodatum accepit], nisi forte, quum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.

den, so steht es in der Willkühr des Verleihers, ihm entweder das selbe zu überlassen, oder es gegen Rückgabe des empfangenen Werthes wieder an sich zu nehmen*), weil er sich sonst mit dem Schaden des Entlehners bereichern würde. Dieser kann aber, weil er sich im Verschulden befindet, weder die wieder aufgefundene Sache eigenmächtig für sich behalten, noch sie dem Verleiher gegen seinen Willen aufdringen**).

§. 981.

Die mit dem Gebrauche ordentlicher Weise verbundenen Kosten muß der Entlehner selbst bestreiten. Die außerordentlichen Erhaltungskosten hat er zwar, dafern er die Sache dem Verleiher nicht zur eigenen Besorgung überlassen kann oder will, inzwischen vorzuschießen; doch werden sie ihm gleich einem redlichen Besitzer vergütet. 4. der Erhaltungskosten.

1) Die mit dem Gebrauche ordentlicher Weise verbundenen Kosten, z. B. für das Futter des entlehnten Thieres muß der Entlehner selbst bestreiten, weil er auch den Vortheil des Gebrauches hat ***). Die außerordentlichen Erhaltungskosten, wie z. B. die Heilungskosten eines erkrankten Viehstückes †) treffen aber den Verleiher, dem sie auch weit mehr als dem Entlehner zu Guten kommen. Dieser kann in einem solchen Falle dem Verleiher die Anzeige machen, und die Sache ihm zur eigenen Besorgung zurückstellen; — er kann aber auch, wenn er dieß vorzieht, oder wenn die Rückgabe (z. B. wegen Abwesenheit) nicht möglich ist, diese Kosten inzwischen vorschießen, und sohin die Vergütung derselben fordern. Der Schlußsatz des Paragraphen stellt ihn hiebei einem redlichen Besitzer gleich. Aus dieser Bestimmung scheint aber nur zu folgen, daß in jenen Fällen, in welchen der redliche Besitzer (nach §. 331) den Ersatz der aufgewendeten Erhaltungkosten verlangen kann, der Entlehner ihn auch zu fordern berechtiget sei; umgekehrt dürfte aber nicht daraus zu folgern sein, daß der Entlehner auf eine Vergütung dann keinen Anspruch habe, wenn sie dem redlichen Besitzer nicht gebührt. Dieß ist nämlich der Fall, wenn die Sache ungeachtet des gemachten Aufwandes dennoch zu Grunde gegangen ist, — also z. B. das Thier nicht geheilt zu werden vermochte; — denn es waltet in dieser Beziehung ein wesentlicher Unterschied ob. Der redliche Besitzer

*) Rem commodatam perdidi, et pro ea pretium dedi, deinde res in potestatem tuam venit. Labeo ait: contrario judicio aut rem mihi praestare te debere, aut quod a me accepisti, reddere. fr. 17. §. 5. Dig. l. c.

**) Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 309.

***) fr. 18. §. 2. Dig. l. c. . . . cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum [servum] accepit.

†) Possunt justae causae intercedere, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive ejus causa factae essent. fr. 18. §. 2. Dig. l. c.

macht nämlich auf die fremde Sache einen Aufwand in der Meinung, daß dieses zu seinem eigenen Vortheile geschehe; der Entlehner hat aber dabei den Vortheil des Verleihers im Auge, und den Willen, ihn nur für diesen vorzuschießen; er kömmt demnach mindestens einem Geschäftsführer ohne Auftrag gleich zu achten, der eine Vergütung des nothwendig und zweckmäßig gemachten Aufwandes auch dann verlangen kann, wenn seine Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist (§. 1036).

2) Hat der Entlehner einen Aufwand gemacht, welcher bloß zur Vermehrung der Nutzungen oder zum Vergnügen und zur Verschönerung der geliehenen Sache dienen soll, so käme er in Ansehung desselben nach den §§. 1037 und 1038 als ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln.

3) Nach §. 967 ist der Hinterleger verpflichtet, dem Verwahrer den schuldbarer Weise zugefügten Schaden zu ersetzen. Dieselbe Verpflichtung trifft ohne Zweifel auch den Verleiher, da sie aus allgemeinen Grundsätzen über den Schadenersatz hervorgeht *).

§. 982.

Beschränkungen der wechselseitigen Klagen.

Wenn der Verleiher nach der Zurücknahme des Lehnstückes dessen Mißbrauch oder übertriebene Abnützung innerhalb dreißig Tagen nicht gerügt; oder, wenn der Entlehner nach der Zurückgabe von den auf die Sache verwendeten außerordentlichen Kosten binnen eben diesem Zeitraume keine Meldung gemacht hat, so ist die Klage erloschen.

Die Klage auf Ersatz des Schadens, die dem Verleiher nach den §§. 978 und 979 zusteht, so wie die eben erwähnte Klage des Entlehners auf Ersatz der auf die Sache verwendeten Kosten (§. 981) ist gleich den ähnlichen Klagen des Hinterlegers und Verwahrers (§. 967) auf die kurze Verjährungsfrist von dreißig Tagen eingeschränkt, dagegen ist die oben bei §. 981 unter Z. 3 erwähnte Klage der Verjährungsfrist des §. 1489 unterworfen, das Recht des Verleihers auf Rückstellung der geliehenen Sache unterliegt dagegen gar keiner Verjährung (§§. 1459, und 1481); ja geliehene Sachen können von den Entlehnern und ihren Erben (nach §. 1462) aus Mangel eines rechtmäßigen Titels niemals ersessen werden.

---

*) Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. fr. 18. §. 3. Dig. l. c.

Einundzwanzigstes Hauptstück.

Von dem Darlehensvertrage.

§. 983.

Wenn jemanden verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit eben so viel von derselben Gattung und Güte zurück geben soll; so entsteht ein Darleihensvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage (§. 936), ein Darleihen künftig zu geben, nicht zu verwechseln. Darleihen.

1) Das Darleihen (mutuum) ist, wie der Leih- und Verwahrungsvertrag, ein s. g. Realcontract, setzt also zu seinem Bestande voraus, daß die dargeliehene Sache bereits wirklich übergeben worden sei. Der Vertrag, wodurch Jemand ein Darleihen erst künftig zu geben verspricht (pactum de mutuo dando)*), ist ein präparatorischer Vertrag, welcher nach §. 936 beurtheilt werden muß. Doch braucht die Uebergabe nicht immer körperlich, sie kann auch durch Zeichen (§. 427) oder durch Erklärung (§. 428) geschehen, wenn der Empfänger die darzuleihende Sache bereits aus einem andern Grunde inne hat, und nun die Erklärung des Darleihers hinzutritt, wie wenn z. B. dem Verwahrer auf sein Verlangen der Gebrauch der hinterlegten (verbrauchbaren) Sache verwilligt wird (§. 959)**).

2) Gegenstand des Darlehens sind verbrauchbare Sachen in dem oben (S. Bd. 1, S. 621 d. W.) angegebenen Sinne, also nicht bloß solche, die durch den Act des Gebrauches sofort zerstört werden, sondern auch Geld (§§. 984 und 985) und selbst ihrer Natur nach zwar unverbrauchbare Sachen, wenn sie von keiner individuellen Bedeutung sind, wenn also die einzelnen Individuen derselben Gattung die gleiche Brauchbarkeit besitzen, mithin Einer die Stelle des Andern vertreten kann (vertretbare Sachen, res fungibiles), wie z. B. die Exemplare eines Buches, die Ein Buchhändler dem Andern darleiht***).

---

*) Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. fr. 30. Dig. de reb. credit. (12, 1).

**) Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva et Proculus: etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse ajunt. Et est verum, ut et Marcello videtur; animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici. fr. 9. §. ult. Dig. l. c.

***) Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. fr. 2. §. 1. Dig. l. c.

3) Zur Wesenheit des Darleihensvertrages gehört es ferner, daß der Empfänger berechtigt werde, willkührlich über die empfangene Sache zu verfügen, also nicht bloß sie wie beim Leihvertrage zu gebrauchen, sondern auch zu verbrauchen, zu vertilgen, sie ganz oder zum Theile auf Andere zu übertragen oder sie zu verlassen (§. 362). Das Darleihen enthält demnach die volle Veräußerung der dargeliehenen Sache und soll das Eigenthum derselben auf den Schuldner übertragen*). Dieß geschieht auch unmittelbar dann, wenn die fragliche Sache wirklich das Eigenthum des Darleihers, und dieser darüber frei zu verfügen befugt ist. Ist zwar das Erstere, nicht aber das Letztere der Fall, wie wenn z. B. ein Minderjähriger oder Pflegbefohlener ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters aus seinem Vermögen ein Darleihen gegeben hat, so kann von diesem die Aufhebung des Vertrages (§. 865 und oben S. 20 d. W.) begehrt, und daher die dargeliehene Sache in Natur zurückgefordert werden. Wäre sie aber schon verzehrt worden, so bliebe unseres Erachtens nichts übrig, als eine Klage auf Schadenersatz anzustellen und (nach §. 1323) die Vergütung des Schätzungswerthes zu verlangen**). Hätte Jemand die Sache eines Dritten ohne dessen Einwilligung als Darleihen gegeben, so kann sie dieser mit der Eigenthumsklage, soweit letztere überhaupt stattfindet (§. 370) zurückfordern, wenn aber entweder die Sache keinen Gegenstand der Eigenthumsklage bildet (§. 371) oder wenn sie bereits verbraucht worden ist, Schadenersatz begehren, vorausgesetzt, daß dem Empfänger überhaupt ein Verschulden zur Last fällt***). Befindet er sich dagegen im guten Glauben, so wird entweder §. 367 eintreten, oder es kann nach §. 1461 die Ersitzung Platz greifen, da der Darleihensvertrag allerdings einen giltigen Titel für dieselbe abgibt. In solchen Fällen bliebe dem beschädigten Eigen-

---

*) Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur, ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. §. 2. Inst. quib. mod. (3, 14).

**) Diese wird freilich häufig in ihrem Ergebnisse mit der Darleihensklage zusammenfallen; letztere scheint uns aber deßhalb nicht statthaft, weil ungeachtet der erfolgten Consumtion von Seite des Empfängers kein Darlehen besteht; daher schon einige Civilisten in solch' einem Falle gegen den bonae fidei possessor nur die condictio sine causa, oder eine eigene actio de bene depensis, nicht aber die condictio certi ex mutuo zugestehen wollen (Thibaut, a. a. O. §. 476), während Andere dieser Letzteren Raum geben; und zwar: gestützt auf fr. 11. §. ult. Dig. l. c. „Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutuum. Fugitivus autem, vel alius servus contra domini voluntatem credendo non facit accipientis. Quid ergo? Vindicare nummi possunt, si constant aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quodsi sine dolo malo consumsisti, condici tibi poterunt." — Vgl. auch fr. 12. fr. 19. §. 1. ibd. u. a. m.

***) Auch in diesem Falle scheint uns aus den, in der vorigen Anmerkung aufgeführten Gründen die Darleihensklage nicht statthaft. Anders nach römischem Rechte. Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non fiunt, sed consumtis eis, nascitur condictio. fr. 13. pr. Dig. l. c.

thümer nichts Anders übrig, als sich an den unbefugten Darleiher zu halten; nur könnte er von diesem die Abtretung der ihm zustehenden Darleihensklage erlangen (s. unten Z. 5), und überhaupt auch den Ersatz des ihm sonst noch zugefügten Schadens nach allgemeinen Grundsätzen begehren*). Anders verhält sich die Sache, wenn der Dritte dazu eingewilliget hat, daß aus seinem Vermögen ein Darleihen gegeben werde; denn hier tritt ein Vollmachtsverhältniß ins Mittel, wie wenn z. B. Jemand seinen Schuldner anweist, die schuldige Summe einem Andern als Darleihen zu geben. Hier steht dem Ersteren wirklich die Darleihensklage zu**).

4) Eine Folge der durch das Darleihen bewirkten Eigenthumsübertragung ist es, daß die Gefahr der Sache sogleich mit der Uebergabe auf den Empfänger übergeht, daß daher das Darleihen fortbesteht, wenn auch der Zweck desselben durch den Untergang der dargeliehenen Sache vereitelt wurde***), und daß, wenn der Schuldner in Concurs verfällt, die Sache von dem Darleiher nicht vindicirt werden kann, wenn sie sich gleich noch abgesondert und unverwendet in der Concursmasse vorfände †).

5) Durch das Darleihen soll zwar der Empfänger Eigenthümer der dargeliehenen Sache werden, der Darleiher rechnet den Werth derselben (das Stammgut, Capital) aber noch immer zu seinem Vermögen; er will also der Natur des Vertrages gemäß, daß er nach Ablauf der Zeit in Rücksicht dieses Stammgutes (mit Vermissung des Zwischengebrauches) in den nämlichen Zustand zurückversetzt werde, worin er sich befunden haben würde, wenn er das Gut in seinem Besitze behalten hätte ††). Deßhalb wird der Empfänger des Darleihens verpflichtet, eben so viel von derselben Gattung und Güte zurück zu geben, als er empfangen hat (eine gleiche Quantität zu restituiren) †††). Das dieser Verbindlichkeit gegenüber stehende Forderungsrecht des Darleihers, welches mit der Klage aus dem Darleihensvertrage (condictio certi ex mutuo) geltend gemacht werden kann, bildet einen Bestandtheil seines Vermögens, und kann daher von ihm auch an Andere übertragen werden (s. oben Z. 3). Mit Rücksicht auf diese, zum Wesen des Darleihens gehörige Verbindlichkeit ist es natürlich, daß auch nur Derjenige ein Darleihen mit voller Rechtswirksamkeit zu empfangen im Stande ist, der sich giltig verpflichten kann. Hätte also ein Minderjähriger oder Pflegbefohlener ohne Genehmigung seines gesetzlichen Ver-

---

*) Vgl. das Patent vom 18. October 1792.

**) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. fr. 15. Dig. l. c.

***) . . . is, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. §. 2. Inst. quib. mod. (3, 14).

†) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 181.

††) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 226.

†††) Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. fr. 2. pr. Dig. l. c.

treters ein Darleihen aufgenommen, so käme auch hier wieder die Vorschrift des §. 865 und nach Maßgabe der Umstände auch jene des §. 866 zur Anwendung *). Was zur Giltigkeit eines Darleihensvertrages mit einer, unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde und ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus den Zusätzen zu §. 867 (Bd. 3, S. 31 d. W.) zu entnehmen. Außerdem bestehen noch einige anderweitige Beschränkungen hinsichtlich der Aufnahme von Darleihen. So wurde den Regimentscommandanten durch Hofkriegs-Rescr. vom 27. April 1826, Z. 2071, Nr. 55 der Mil. G. S. untersagt, von den ihnen anvertrauten Aerarialgeldern Vorschüsse zum Privatgebrauche zu leisten. Weiters sind die Militär-Verwaltungs- und Verrechnungs-Unterbehörden nach dem Hofkzldec. vom 23. October 1826 nicht berechtigt, von anderen ärarischen Cassen, Staatsämtern oder Privaten Darleihen im Gelde oder in Naturalien aufzunehmen. Einem Officiere soll nicht mehr als eine Monatsgage, und auch dieser Betrag nur mit Bewilligung des Regiments-Commando's dargeliehen werden (Hofrescr. v. 23. Septbr. 1752, Kropatschek'sche Jos. G. S. Bd. 3, S. 13); eben so darf einem Unterofficiere und gemeinen Soldaten nach der Verordnung vom 2. Juni 1753 (ebd. Bd. 2, S. 151 und Jos. G. S. Bd. 3, S. 14, neuerdings eingeschärft durch Hofd. vom 23. Juni 1782, Gub. Vdg. vom 15. Jänner 1783, 25. Febr. 1790, 14. Jän. 1791 u. 1. Juli 1825), dann nach dem Regulament v. J. 1769 und dem Hofkrgs.-Circ. v. 20. April 1785, F. 353 bei Verlust des vorgestreckten Betrages gar kein Darleihen gegeben werden; endlich sind die bis zur Einberufung Beurlaubten nicht berechtigt, ohne Einwilligung ihres Regiments- oder Corps-Commando's Darleihen auf ihren Besitzstand aufzunehmen oder andere Schulden zu contrahiren (Hofkzld. vom 24. Novbr. 1842).

6) Zu den Merkmalen des Darleihensvertrages gehört endlich noch, daß für die Rückzahlung des Darleihens eine gewisse Zeit bestimmt worden sei; ist dieß in keiner Weise geschehen, so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein dem Bittleihen (§. 974) ähnliches Verhältniß, und der Darleiher kann die Zahlung nach Willkühr fordern. Allerdings kann aber die Dauer des Vertrages nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend (§. 863) bestimmt werden, z. B. durch die Verabredung von Zinsen (§. 993), für deren Zahlung bestimmte Fristen festgesetzt worden sind; denn in diesem Falle ist anzunehmen, daß auch die Benützung des Capitals für dieselbe Zeit zugestanden worden sei, und dieses darf daher nicht früher zurückgefordert werden.

Häufig wird auch eine bestimmte Aufkündigungszeit bedungen. Dann muß diese jedenfalls eingehalten werden; die Aufkündigung selbst

---

*) Vgl. den Aufsatz von Dr. Dierl, über das Schuldenmachen minderjähriger Personen (Jurist. Bd. 3, S. 324). — Eben weil die allgemeinen Grundsätze hier ausreichen, hat die österreichische Gesetzgebung wahrscheinlich das Rechtsinstitut des s. g. Sct. Macedonianum nicht aufzunehmen für nöthig erachtet (vgl. Puchta, a. a. O. §. 306 und Thibaut, a. a. O. §§. 663—666).

aber könnte, wenn nichts Anderes verabredet worden, oder wenn nicht eben wieder der Zeitpunct, in welchem die Zinsen entrichtet wurden, maßgebend wäre, nach Willkühr des Darleihers zu jeder Zeit geschehen. Da durch das Darleihen im Allgemeinen ein Vortheil für den Empfänger bezweckt wird, so scheint uns derselbe nach der Analogie des §. 977 berechtiget zu sein, dasselbe auch vor der bestimmten Zeit zurück zu zahlen, und nur wenn die frühere Zurückzahlung dem Darleiher (z. B. wegen seiner Abwesenheit) beschwerlich wäre, kann sie ihm nicht wider seinen Willen aufgedrungen werden. Anders dürfte bei einem verzinslichen Darleihen zu entscheiden sein, weil dieses als ein entgeltliches Geschäft anzusehen kömmt, und dabei auch ein Vortheil für den Gläubiger (durch den Zinsengenuß) beabsichtigt wird. Bei diesem müßte also auch von Seite des Schuldners der (ausdrücklich oder stillschweigend) bedungene Rückzahlungstermin genau eingehalten werden. Wäre zwar eine Aufkündigungsfrist festgesetzt, dabei aber nicht bestimmt worden, wem dieselbe zustehe, und wann sie Platz greifen könne, so steht das Recht zur Aufkündigung ohne Zweifel auch dem Empfänger, und zwar nach seinem Belieben zu (Analogie aus §. 1116) und ebenso kann, wenn auch nicht einmal eine Aufkündigungsfrist bestimmt worden wäre, der Schuldner die Zahlung zu jeder Zeit (vgl. §§. 904 und 974) giltig leisten*).

7) Das Darleihen kann sowohl entgeltlich als unentgeltlich abgeschlossen werden; im Zweifel wäre das Letztere anzunehmen, weil aus der Natur dieses Geschäftes nur die Verpflichtung entspringt, das Empfangene in demselben Maße und in derselben Art und Güte wieder zurückzustellen; es könnte aber allerdings etwas Anderes verabredet werden (§. 993), nur ist diese Uebereinkunft gewissen (später zu

*) Wir können daher der Ansicht Turnes' nicht beipflichten, wenn er (in seinem Aufsatze: „Kann der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger aufkündigen, oder die Zahlung vor erfolgter Einmahnung mit rechtlicher Wirksamkeit anbieten? im Juristen, Bd. 4, S. 52) behauptet, daß die oberwähnte Berechtigung dem Schuldner nicht zustehe, und daß, wenn im Vertrage wohl von einer Aufkündigung, nicht aber davon die Rede ist, wem sie gebühre, dieses Recht nur dem Gläubiger zugesprochen werden könne. Der Verfasser scheint uns nämlich von einer ganz falschen Grundlage auszugehen, wenn er hervorhebt, daß aus dem Darleihensgeschäfte dem Schuldner keine Rechte, sondern bloße Verbindlichkeiten zukommen; denn einerseits ist dieß nicht richtig, da er das Recht der Benützung des Capitales erlangt, und anderseits müßte dieselbe Bestimmung auch bei dem Leihvertrage gelten, hinsichtlich dessen doch der §. 977 gerade das Gegentheil anordnet. — Vgl. auch A. Salaba's Beantwortung der Frage: I. Kann der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger vor erfolgter Einmahnung mit rechtlicher Wirksamkeit anbieten? II. Kann der Schuldner seine Schuld, zu deren Zahlung eine vierteljährige Aufkündigung ohne weitere Bestimmung bedungen wurde, dem Gläubiger aufkündigen? (Jurist. Bd. 6, S. 110); dann K. Stählin: Einige Worte über die Frage, wann der Schuldner einen Vertrag ohne Zeitbestimmung für die Erfüllung, erfüllen und wann er, insbesondere bei Darlehen, deren Rückzahlung auf eine vorläufige Aufkündigung bedingt ist, seine Schuld abtragen darf (Jurist. Bd. 6, S. 116); endlich den Aufsatz von J. A. M. (im Juristen Bd. 6, S. 138) unter der Ueberschrift: Auch einige Bemerkungen über das Recht des Schuldners, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger aufzukünden, oder ihm die Zahlung vor erfolgter Einmahnung anzubieten.

erörternden) Beschränkungen unterworfen*). Diese Mehrzahlung, welche sich der Darleiher bedingt, wird gemeiniglich mit dem Namen der „Zinsen" bezeichnet (§. 993), und der Vertrag selbst heißt sohin ein „Zinsenvertrag", foenus (§. 984).

§. 984.

Arten desselben.

Ein Darleihen wird entweder in Geld oder in anderen verbrauchbaren Sachen, und zwar ohne, oder gegen Zinsen gegeben. Im letzteren Falle nennt man es auch einen Zinsenvertrag.

Unter den verbrauchbaren Sachen, in denen ein Darleihen geschlossen werden kann, nimmt das Geld, als das allgemeine Tauschmittel (s. Bd. 1, S. 624 d. W.) einen besonders wichtigen Platz ein; man unterscheidet demnach Geld-Darleihen (§§. 985 — 991) und Darleihen in anderen verbrauchbaren Sachen (§. 992).

§. 985.

Gelddarleihen.

Ein Gelddarleihen kann klingende Münze, oder Papiergeld, oder öffentliche Schuldscheine (Obligationen) zum Gegenstande haben.

§. 986.

a) in klingender Münze oder Papiergeld.

In wie fern ein Darlehen in klingender Münze überhaupt geschlossen werden könne, und in welcher Währung (Valuta) ein solches Darleihen, oder ein Darleihen in Papiergeld zurück zu zahlen sei, bestimmen die darüber bestehenden besonderen Vorschriften.

§. 987.

Wenn ein Darleiher sich die Zahlung in der besonderen, von ihm gegebenen Münzsorte bedungen hat; so muß die Zahlung in eben dieser Münzsorte geleistet werden.

1) Unter allen civilisirten Völkern sind als allgemeines Tauschmittel (Geld) die edlen Metalle Gold und Silber angenommen, von

---

*) Nach römischem Rechte war es unzuläßig, hinsichtlich der Rückzahlung eines Darleihens mehr zu versprechen, als man empfangen hatte. Si tibi decem mutuo dem, et paciscor, ut mihi viginti debeantur, non nascitur obligatio ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. fr. 17. pr. Dig. de pact. (2, 14). Selbst Zinsen, als das Aequivalent für die Benützung des dargeliehenen Capitals, konnten in der Regel nur durch Stipulation, nicht aber durch ein bloßes pactum adjectum giltig versprochen werden. — Vgl. Thibaut, a. a. O. §. 476, dann fr. 24. Dig. de praescr. verb. (19, 5) und const. 3. Cod. usur. (4, 32).

denen einzelne Stücke zur Erleichterung des Verkehrs in eine bestimmte Form gebracht sind, welche ihren Werth bezeichnet; und zwar geschieht dieß unter öffentlicher Autorität; auf diese Weise entsteht die Münze (auch klingende Münze genannt), welche in jedem Staate nach einem gewissen Maßstabe (dem s. g. Münzfuße) ausgeprägt wird. Dieser bestimmt die Anzahl der Stücke, welche aus einer gewissen Quantität feinen Metalles (z. B. aus einer Mark feinen Silbers) geschlagen werden. Man kann bei jeder Münze einen innern und äußern Werth unterscheiden. Jener richtet sich nach dem Gewichte (Schrot) und dem Feingehalt derselben, wobei zu bemerken kömmt, daß aus mannigfaltigen Gründen den edlen Metallen bei der Ausmünzung unedles Metall (dem Golde Silber und Kupfer, dem Silber aber Kupfer) beigemischt zu werden pflegt*). Der äußere Werth ist derjenige, der einer Münze von der öffentlichen Macht beigelegt wird. Verschieden davon ist der s. g. Curswerth, der sich durch den Lauf des Verkehres bildet, und auf dem Verhältnisse der Nachfrage zum Angebote einer bestimmten Münzsorte beruht. Außerdem ist auch noch der Scheidemünze zu erwähnen, die aus unedlem Metalle (meist Kupfer, oder Silber mit bedeutendem Zusatze von Kupfer) ausgeprägt wird, und nur dazu dient, jene Zahlungen zu berichtigen, welche in edleren Münzsorten nicht ausgeglichen werden können.

a) Verschieden von dem Metallgelde (der klingenden Münze, dem Gelde im engeren Sinne des Wortes) ist das Papiergeld (Münz-Schein), d. i. ein ebenfalls unter öffentlicher Autorität ausgegebenes Vorstellungszeichen des Geldes, welches dazu bestimmt ist, im gewöhnlichen Verkehre als Münze zu gelten, und theils der Bequemlichkeit wegen, theils aus finanziellen Rücksichten eingeführt worden ist. Es hat an und für sich gar keinen Werth und erlangt diesen im Verkehre nur dadurch, daß man es stets gegen Metallgeld umzutauschen (zu realisiren) in der Lage ist. Für den Staat entsteht durch die Hinausgabe des Papiergeldes auch noch der besondere Vortheil, daß es die Stelle eines unverzinslichen Darleihens vertritt**).

b) Ganz verschieden von beiden sind die öffentlichen Schuldscheine (Creditspapiere, Obligationen). Diese sind wahre Schuldurkunden über ein, dem Staate wirklich gegebenes (verzinsliches oder unverzinsliches) Darleihen. Sie lauten zwar auf eine bestimmte Summe Geldes (die Darleihens-Summe), sind aber nicht bestimmt, dieselbe (wie das Papiergeld) im gewöhnlichen Verkehre zu vertreten, sie können auch nicht (wie dieses) bei den öffentlichen Kassen beliebig gegen Metallmünze umgesetzt werden, sondern dem Gläubiger ist meist nur die Möglichkeit geboten, das Capital durch Verkauf (auf der Börse oder sonst) einzuziehen.

2) Bei der Münze sowohl (s. oben Z. 1) als bei dem Papiergelde und den Obligationen muß der Nennwerth von dem Curswerthe unterschieden werden***). Jener wird vom Staate selbst bestimmt, und ist gemeiniglich auf

*) Das Verhältniß des unedlen Metalles zu dem edlen in einem Münzstücke heißt dann das Korn desselben.

**) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 414.

***) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 426.

den Münzstücken, sowie auf dem als Münze geltenden Papiergelde und den öffentlichen Schuldverschreibungen ausgedrückt. Dieser richtet sich nach dem Grade des Vertrauens, welches man bei dem Metallgelde in die Richtigkeit der Ausmünzung, bei dem Papiergelde in die Realisirbarkeit desselben, bei den öffentlichen Schuldverschreibungen in die Erfüllung der darin ausgesprochenen Verbindlichkeiten (z. B. der Zinsenzahlung, der Einziehung derselben u. dgl.) hegt; es ist der Werth, den die öffentliche Meinung irgend einer Art des Geldes beilegt *), und der bald mit dem Nennwerthe übereinstimmt, bald mehr oder weniger von demselben abweicht. Im ersten Falle sagt man der Curs stehe al pari; im zweiten Falle wird das Maß der Abweichung durch Percente ausgedrückt, und es heißt daher, der Curs steht 2 Percent über oder 8 Percent unter pari u. dgl.

3) Nach dem, was bisher vorausgeschickt wurde, wollen wir es versuchen, den Begriff eines Gelddarleihens und die daraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten zu entwickeln. In soweit das Gesetz nicht besondere Bestimmungen darüber enthält, werden hierüber die in Ansehung des Darleihens überhaupt aufgestellten Grundsätze und die allgemeinen für Verträge geltenden Vorschriften als Richtschnur zu dienen haben. Demnach dürfte als ein Gelddarleihen derjenige Vertrag anzusehen sein, vermöge dessen jemanden eine bestimmte Summe Geldes unter der Bedingung übergeben wird, daß er zwar willkührlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit eben dieselbe Summe wieder zurückstelle. Der Gegenstand, der vom Darleiher übergeben wird, muß also eine bestimmte Summe Geldes sein; dabei ist es gleichgiltig, ob (klingende) Münze oder Papiergeld gegeben wird, denn Letzteres ist ein Vorstellungszeichen des Geldes, und vertritt, insofern es der Schuldner annimmt, die Stelle desselben. Andere Sachen können dagegen nicht das Object eines Gelddarleihens bilden. Hiervon findet nach unserem Gesetze nur Eine Ausnahme statt, indem nach §. 985 ein Gelddarleihen auch öffentliche Schuldscheine zum Gegenstande haben kann, und zwar wohl deßhalb, weil derlei Schuldscheine jederzeit leicht in Geld umgesetzt werden können, und weil sich der (Curs-) Werth derselben leicht bestimmen läßt **). Doch können öffentliche Obligationen nur in der Art zu einem Gelddarleihen verwendet werden, daß ihr Werth nach dem zur Zeit der Uebergabe bestehenden Curse zum Grunde gelegt wird ***). Jede dieser Bestimmung zuwider-

---

*) Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 432.

**) Dieß geschieht in der Regel durch den Börsezettel. Nach §. 91 des k. Patents vom 11. Juli 1854, Nr. 200 des R. G. Bl. ist nämlich eine der vorzüglichen Obliegenheiten des Börsecommissärs der Wiener Börse, die Durchschnittscurse von (Münzsorten und) solchen Effecten, die nach der Bestimmung des Finanzministeriums in dem Börsezettel notirt werden dürfen, auszumitteln. Diese Ausmittlung geschieht an jedem Börsetage, nach dem Schlusse der Börse auf Grundlage der von den Sensalen während der Börse abgeschlossenen Geschäfte. Der Börsezettel wird jedesmal durch den Börsecommissär veröffentlicht.

***) Das Hofd. vom 20. Mai 1808, Nr. 842 der J. G. S. sagt ausdrücklich: „Bei Darleihen, welche in verzinslichen öffentlichen Obligationen gegeben werden, soll es dem wechselseitigen Einverständnisse der Parteien überlassen bleiben, die Zurückzahlung entweder nach dem börsemäßigen Geldwerthe,

laufende Verabredung ist nach §. 10 lit. b des Patents vom 2. Dec. 1803, Nr. 640 der J. G. S. als Wucher in Bedingungen anzusehen. — Privatschuldscheine oder Waaren dürfen nach §. 991 nicht statt Geldes gegeben werden, da der Empfänger im Drange der Umstände leicht genöthiget werden könnte, sie um einen geringeren Preis hindanzugeben, als um welche er sie annehmen muße; daher erklärt der §. 8 lit. b des o. a. Patentes eine solche Verabredung für Wucher im Capitale. Dagegen ist es allerdings gestattet, Jemanden derlei Gegenstände unter der Bedingung zu übergeben, daß er sie veräußere, und den daraus gelösten Preis als Darlehen behalte. Hier ist ein aus einem Bevollmächtigungsvertrage und einem Darleihen zusammengesetztes Geschäft*) vorhanden, und die Uebergabe des, von dem Schuldner im Vollmachtswege eingezogenen Erlöses geschieht nach §. 428 mittelst Erklärung.

Hierbei kömmt nun noch Folgendes zu bemerken: a) als klingende Münze sind nicht nur die in Oesterreich geprägten Geldstücke anzusehen, sondern auch ausländische, im Curse befindliche Münzen, dagegen s. g. verrufenes d. i. von der Regierung außer Umlauf gesetztes Geld, oder verbotene Münzen (wie z. B. die von einer revolutionären Regierung geprägten), oder alte, außer dem Verkehre befindliche (z. B. römische) Münzstücke wohl als Waare dienen**), keineswegs aber den Gegenstand eines Gelddarleihens bilden können, da sie eben im gemeinen Verkehre nicht die Stelle des Geldes vertreten. — b) Unter dem Papiergelde können nur die vom Staate hinausgegebenen Vorstellungszeichen des Geldes verstanden werden; dieß sind gegenwärtig die in Folge Patent vom 20. Febr. 1811, Nr. 929 der J. G. S. hinausgegebenen Einlösungsscheine, dann die mit Pat. v. 7. Mai 1813 (pol. G. S. Bd. 40, S. 88) emittirten Anticipationsscheine, von welchen beiden Gattungen nur mehr eine geringe Menge sich im Umlauf befindet; ferner die zu Folge des Finanzministerialerlasses vom 24. Juni 1849, Z. 7111 hinausgebenen s. g. ungarischen Münzscheine zu 10 Kreuzern***). Außerdem

---

in welchem sie am Tage des Darleihens standen, oder wieder in gleichen öffentlichen Obligationen zu bedingen."

*) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, nummisutereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. fr. 11. pr. Dig. de reb. cred. (12. 1). Ein solcher Vertrag wird contractus mohatrae genannt.

**) Hinsichtlich der verbotenen Münzen kommen die §§. 878 u. 880 zur Anwendung.

***) Die in Folge der Ministerialdecrete vom 6. Februar, 29. Juni und 9. Juli 1849, Nr. 118, 298 und 319 des R. G. Bl. creirten dreiprocentigen Cassen-Anweisungen sind durch den Ministerialerlaß v. 2. April 1852, Nr. 81 des R. G. Bl. wieder eingezogen worden; ebenso wurden die zu Folge Kundmachung v. 22. April 1849, Nr. 226 des R. G. Bl. eingeführten lombardisch-venetianischen Tresorscheine mit dem 1. Mai 1851 wieder außer Umlauf gesetzt. Ein Gleiches geschah mit den durch die a. h. Entschließung vom 5. August 1849, Nr. 350 des R. G. Bl. creirten Anweisungen auf die ungarischen Landeseinkünfte mittelst des Fin.-Minist.-Erlasses vom 23. Decbr. 1851, Nr. 261 des R. G. Bl. Die in Folge der Minist.-Erlässe

sind aber auch die Noten der k. k. privilegirten österreichischen Nationalbank (die Banknoten) als ein im Umlauf durch die Gesetze begünstigtes Zahlungsmittel erklärt worden, und daher bei uns als ein wahres Papiergeld anzusehen; sie werden bei allen öffentlichen Cassen für bankmäßige Silbermünze angenommen, und es sind auf ihre Verfälschung und Nachahmung dieselben Strafen verhängt, welche auf die Verfälschung und Nachahmung des vom Staate ausgegebenen Papiergeldes gesetzt sind, und die Behörden verpflichtet, die dießfälligen Verbrecher aufzusuchen, anzuhalten und zu bestrafen*). — c) Als öffentliche Obligationen sind nur jene Schuldverschreibungen anzusehen, welche vom Staate unmittelbar, oder für ihn von den dazu bevollmächtigten Personen oder Körperschaften über aufgenommene Darleihen ausgefertigt wurden. Es gehören also in Oesterreich darunter nicht nur die eigentlichen, sich auch in ihrer Form schon als solche ankündigenden Staatsschuldverschreibungen aller Art**), sondern auch die ständischen und die Wiener Stadt-Oberkammeramts-Obligationen.

4) Demnächst entsteht die Frage, in welcher Währung (Valuta) ein Gelddarleihen zurückzuzahlen sei? Wir wollen diese Frage vorerst abgesehen von den in dem b. G. B. selbst bezogenen besonderen Vorschriften***), und von den gegenwärtig bestehenden Anordnungen bezüg-

---

vom 16. Juni. 22. Septbr. und 19. Decbr. 1850, Nr. 241, 364 und 469 des R. G. Bl., dann vom 19. Februar und 11. März 1851, Nr. 49 und 60 ebd. hinausgegebenen dreipercentigen Reichsschatzscheine wurden laut der Finanz-Minist.-Erlässe v. 22. März 1852, Nr. 75 des R. G. Bl., v. 2. April 1852, Nr. 81 ebd. und vom 25. Octbr. 1853, Nr. 217 ebd. gegen unverzinsliche Reichsschatzscheine eingelöst, diese selbst aber wieder durch den Minist.-Erlaß vom 23. Februar 1854, Nr. 45 des R. G. Bl. aus dem Verkehre gezogen. Von den zu Folge des Minist.-Erlasses v. 24. Juni 1849, Nr. 287 des R. G. Bl. hinausgegebenen Münzscheinen sind jene zu 6 Kreuzern gänzlich, von jenen zu 10 Kreuzern aber die s. g. deutschen außer Umlauf gesetzt worden (Finanz-Minist.-Erlässe vom 6. Juni 1853, Nr. 106; vom 1. Jänner 1854, Nr. 3 und v. 26. März 1856, Nr. 39 des R. G. Bl.). Die Central-Casse-Anweisungen und die auf die Gmundner Saline hypothecirten Partial-Hypothekar-Anweisungen scheinen uns nicht zum Papiergelde zu gehören. vgl. A. Dessáry, Grundzüge der österr. Finanzgesetzkunde Wien, 1855.)

*) Vergl. das Pat. vom 1. Juni 1816, Nr. 1248 der J. G. S., dann das Privilegium der österr. Nationalbank v. 15. Juli 1817 und das erneuerte Privilegium vom 1. Juli 1841 (polit. G. S. Bd. 69, S. 161) in den §§. 14 bis 16 und 48.

**) Die verzinsliche Staatsschuld Oesterreichs theilt sich bekanntlich in die ältere und in die neuere Staatsschuld. Jene wurde durch das Patent vom 21. März 1818 (pol. G. S. Bd. 46, S. 16) geregelt, und umfaßt namentlich außer den vom Staate unmittelbar ausgefertigten Obligationen auch jene, welche von den Landständen mehrerer Provinzen und von der Stadt Wien für die von ihnen zum Besten des Staates aufgenommenen Darleihen hinaus gegeben wurden. Unter die Obligationen der neuern Staatsschuld gehören auch die Lose der vom Staate contrahirten Lotterieanleihen, dann die Grund-Entlastungs-Obligationen und die Renturkunden des lombardisch-venetianischen Monte. (S. Scheidlein's Miscellen aus dem Gebiete der bürgerlichen und der mit derselben verwandten politischen Gesetzgebung des österreichischen Kaiserstaates. I. Heft, Wien 1820).

***) Es ist schon Bd. 1, S. 44 d. W. bemerkt worden, daß die finanziellen Bedrängnisse, in denen sich Oesterreich gerade zur Zeit der Kundmachung des

lich des Zwangscurses des Papiergeldes beantworten, da diese Bestimmungen nur durch die vorübergehenden finanziellen Verhältnisse hervorgerufen wurden. Hiebei kommen mehrere verschiedene Fälle zu unterscheiden. a) Wurde ein Darleihen in klingender Münze gegeben, über die Art der Rückzahlung aber zwischen den Parteien nichts weiter verabredet, so hat die Rückzahlung wieder in klingender Münze zu geschehen; Papiergeld oder öffentliche Obligationen, auch wenn sie zum Curswerthe berechnet würden, können dem Gläubiger nicht aufgedrungen werden, da das Papiergeld kein wirkliches Geld ist, sondern nur ein Stellvertretungsmittel des Geldes, zu dessen Annahme, abgesehen von einem Zwangsumlaufe desselben, Niemand gezwungen werden kann, während die Obligationen, wie schon oben angedeutet wurde, durchaus nicht bestimmt sind, die Stelle des baaren Geldes zu vertreten, und nur im uneigentlichen Sinne den Gegenstand eines Gelddarleihens abgeben können. Dagegen braucht die Rückzahlung nicht gerade in derselben Münzsorte zu geschehen, in welcher das Darleihen gegeben wurde, sondern der Schuldner hat (nach §. 906) die Wahl, in was immer für einer gesetzlich anerkannten Münzsorte die Zahlung zu leisten, jedoch nach dem Curswerthe zur Zeit des empfangenen Darleihens, wie sich aus der Analogie des §. 990 ergibt*). Hierbei muß ein für allemal bemerkt werden, daß die s. g. Scheidemünze, (gegenwärtig die 6-Kreuzer-Stücke aus Silber mit einem bedeutenden Zusatze von Kupfer, dann die Kupfermünzen — und eben so auch die an deren Stelle tretenden Münzscheine) nur zur Zahlung von Summen dient, die in größeren Münzstücken (dem s. g. Courantgelde) nicht berichtiget werden können, daß daher Niemand gezwungen werden kann, derlei Münzstücke (oder Münzscheine) in höheren Beträgen als zur Ausgleichung unter Einem Gulden anzunehmen**).

---

a. b. G. B. befand, ganz besondere Anordnungen nothwendig machten, welche aber, da sie mit dem Aufhören der Finanz-Crisis wieder beseitigt werden sollten, in das Gesetzbuch selbst nicht aufgenommen wurden. Dieses enthält daher keine ausführlicheren Bestimmungen über die Gelddarleihen, sondern nur eine Verweisung (im §. 986) auf die in dem Finanzpatente vom 20. Februar 1811 und in den dazu gehörigen Nachtragsverordnungen enthaltenen Vorschriften.

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, §. 42. — Der Darleiher erhält auf diese Weise genau so viel zurück, als er gegeben hat, was dem Begriffe des Darleihens vollkommen entspricht. Daß dasjenige, was er erhält, zur Zeit der Rückzahlung vielleicht weniger werth ist, als zur Zeit der Contrahirung des Darleihens, verschlägt nichts, denn diese Werthverminderung wäre auch dann vor sich gegangen, wenn die dargeliehene Summe fortwährend in den Händen des Darleihers geblieben wäre.

**) In diesem Sinne wurden schon durch das Patent vom 11. Jänner 1812 alle auf Kupfergeld eingegangenen Verpflichtungen für unwirksam und nichtig erklärt, da dieses nur zur Ausgleichung, d. i. zu jenen Zahlungen dienen sollte, die mit Einlösungsscheinen nicht berichtigt werden konnten. Eben so sind auch nach dem Inhalte der Erlässe vom 18. September 1848, Zahl 31442 und vom 3. Juni 1849, Nr. 266 des Reichsgesetzblattes mittelst welcher die Ausprägung der neuen Silberscheidemünze zu 6 Kreuzern angeordnet wurde, die öffentlichen Cassen angewiesen, und die Privaten gehalten, diese Scheidemünze in ihrem vollen Nennbetrage nach Maßgabe der hier-

b) Ist das Darleihen in Papiergeld zugezählt worden, so muß, immer wieder abgesehen von einer besonderen Verabredung und einem Zwangscurse des Papiergeldes — die Rückzahlung in klingender Münze erfolgen, denn der Schuldner hat dadurch, daß er die Zuzählung in Papiergeld freiwillig angenommen hat, nicht das Recht erworben, dieses auch zur Rückzahlung zu verwenden. Er muß eine bestimmte Summe Geldes leisten, und Geld ist nur die klingende Münze.

c) Ist ein Darleihen in öffentlichen Obligationen gegeben, und über die Art der Rückzahlung nichts bedungen worden, so ist eigentlich gar kein Gelddarleihen vorhanden, sondern ein Darleihen in einer andern verbrauchbaren Sache (öffentlichen Schuldscheinen); es kann daher auch die Tilgung der Schuld nur in durchaus gleichen öffentlichen Schuldscheinen gefordert werden, wie die dargeliehenen waren (Hofd. vom 20. Mai 1848, Nr. 842 der J. G. S. Abthl. 2), und eine inzwischen eingetretene Cursveränderung käme aus dem oben aufgeführten Grunde nicht in Betrachtung; wäre dagegen die Uebereinkunft ausdrücklich auf ein Gelddarleihen, jedoch ohne nähere Bestimmung gerichtet gewesen, so dürften die unter b) angegebenen Bestimmungen über die Rückzahlung zur Geltung kommen, und dabei der Curs zu Grunde gelegt werden, welchen die Schuldscheine zur Zeit des Darleihens hatten (§. 990 und das o. a. Hofdec. vom 20. Mai 1808, Abs. 1.).

5) Wir haben in dem Vorhergehenden erörtert, was Rechtens sei, wenn die Parteien bei einer Geldschuld über die Art der Rückzahlung nichts verabredet haben; im Allgemeinen steht es ihnen aber frei, von den bisher entwickelten Grundsätzen abweichende Verfügungen zu treffen, welche natürlich dann als maßgebend erscheinen; es kann also z. B. die Rückzahlung bei einem Darleihen in Papiergeld eben wieder in Papiergeld, oder bei einem Darleihen in klingender Münze in einer bestimmten Münzsorte (§. 987) bedungen werden u. dgl. m. Eine Beschränkung würde nur in so ferne eintreten, als durch ein solches Geschäft irgend einem gesetzlichen Verbote (z. B. den Bestimmungen des Wuchergesetzes) entgegen gehandelt würde (§. 916). Im Uebrigen käme es in jedem einzelnen Falle darauf an, die wahre Absicht der Parteien im Wege der Auslegung zu ermitteln. Als allgemeiner Grundsatz kann nur die Verfügung des Hfd. v. 28. Febr. 1817, Nr. 1322 hervorgehoben werden, daß die seit der Kundmachung des Patentes vom

---

über in den bestehenden Vorschriften für die Annahme der Scheidemünze überhaupt enthaltenen Bestimmungen anzunehmen. — Dasselbe gilt von den Münzscheinen, welche laut Finanz-Minist.-Erlaß vom 24. Juni 1849, Nr. 287 hinausgegeben wurden, um den Uebelständen, welche für den Kleinverkehr aus dem Mangel an Scheidemünze hervorgegangen waren, möglichst abzuhelfen, und rücksichtlich deren daher auch angeordnet wurde, daß sie bei allen Zahlungen unter Einem Gulden nach ihrem vollen Nennbetrage von den öffentlichen Cassen als Conventions-Scheidemünze angenommen werden sollen. — Vgl. den Aufsatz in der allg. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 29: „Ist der Inhaber eines auf Bankvaluta lautenden Wechsels verpflichtet, zur Verfallszeit die Zahlung in Münzscheinen anzunehmen?" — Der Verfasser verneint diese Frage aus den eben angeführten Gründen.

1. Juni 1816, Nr. 1248 der J. G. S. abgeschlossenen Verträge, welche ohne Benennung einer Münzsorte, nur im Allgemeinen auf Conventions-Münze oder auf gesetzliche Gold- und Silbermünze lauten, in den gesetzmäßig umlaufenden Gold- und Silbermünzen erfüllt werden müssen.

6) Bisher haben wir die für Gelddarleihen maßgebenden Grundsätze, abgesehen von jeder besonderen, einschränkenden Verfügung der Regierung, namentlich von der Bestimmung eines Zwangscurses in Ansehung des Papiergeldes bloß nach den Vorschriften des a. b. G. B. zu entwickeln versucht*), müssen aber nun auf die gegenwärtig noch bestehenden Anordnungen dieser Art Rücksicht nehmen **). In dieser Beziehung kömmt zuvörderst hervorzuheben, daß sowohl die Einlösungs- als die Anticipationsscheine unter dem Schutze des Zwangscurses hinausgegeben wurden, und daß sie daher auch gegenwärtig noch — da jene Verfügung nirgends zurückgenommen wurde — jedoch nur zu dem Werthe von 250 fl. gegen 100 fl. C. M. angenommen werden müssen; doch dürfte bei der geringen Masse des noch in Umlauf befindlichen Papiergeldes dieser Art die Frage hierüber kaum praktisch werden. — Weiters bestimmt der Finanz-Minist.-Erlaß v. 21. Mai 1848 (Nr. 64 des Anh. zum b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 61 des Anh. zum b. G. B. für Siebenbürgen), und das Pat. v. 2. Juni 1848, (Nr. 66 des Anh. zum b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 63 des Anh. zum b. G. B. für Siebenbürgen), daß Jedermann gehalten sein soll, die Noten der österreichischen Nationalbank bei allen Zahlungen nach ihrem vollen Nennwerthe anzunehmen, und daß nur, wenn die Zahlung in Gold- oder ausländischen Silbermünzen gebührt, diese nach der Wahl des Schuldners in der verabredeten Münzsorte, oder nach deren Werthe zur Zeit der Zahlung in Banknoten zu leisten sei. Durch die k. Verordnung vom 7. Febr. 1856, Nr. 21 des R. G. Bl. wurde aber erklärt, daß die Darleihen, welche nach der Kundmachung dieser Verordnung in klingender Münze gegeben werden, von dem Schuldner, wenn sich der Gläubiger die Verzinsung und Zurückzahlung in der gegebenen bestimmten Münzsorte, oder doch in klingender Münze bedingt, auf die bedungene Weise zu verzinsen und zurückzubezahlen sind, ohne daß der Schuldner die in dem Patente vom 2. Juni 1848 ausgesprochene Verbindlichkeit des Gläubigers zur Annahme von Banknoten für sich geltend machen kann. — Wenn es sich nun um die Anwendung dieser Vorschriften, und namentlich des ersterwähnten Patents vom 2. Juni 1848 handelt, so müssen die vor dem Erscheinen dieses Gesetzes contrahirten Darleihen von jenen unterschieden werden, welche nach der Kundmachung dieses Gesetzes eingegangen worden sind. Was die ersteren anbelangt,

---

*) So sagt das Hofdecr. vom 25. Octbr. 1817, Nr. 1382 der J. G. S. daß bei Vollziehung der von nun an geschlossenen Verträge und Verordnungen sich allein nach den Vorschriften des a. b. G. B. zu benehmen sei.

**) Jene Beschränkungen, welche durch das Finanzpatent vom 20. Febr. 1811 herbeigeführt worden waren, sind im Wesentlichen bereits Bd. 1, S. 44 u. ff. d. W. aufgeführt, und wir glauben um so mehr von einer umständlichen Erörterung derselben Umgang nehmen zu können, als Fälle aus jener Periode nur äußerst selten mehr vorkommen dürften.

so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Zahlung dann, wenn dieselbe in Gold- oder ausländischen Silbermünzen stipulirt war, nach der Wahl des Schuldners in der verabredeten Münzsorte (also z. B. in österreichischen Ducaten oder in preußischen Thalerstücken) oder nach deren Werthe zur Zeit der Zahlung in Banknoten geleistet werden müsse, wogegen, wenn die Stipulation nur auf klingende Münze, oder Silbermünze überhaupt, oder auf eine inländische Silbermünze (z. B. österreichische Zwanzigkreuzerstücke) lautet, die Banknoten in ihrem vollen Nennwerthe angenommen werden müssen**). Nur der Fall, wenn die Zahlung zwar in Silbermünze überhaupt, oder in einer inländischen Münze dieser Art, aber „mit Ausschluß alles Papiergeldes, wenn ein solches auch mit Zwangscurs eingeführt werden sollte", bedungen wurde, hat zu verschiedenen Entscheidungen Anlaß gegeben. So führt Pederzani in seiner (anonym herausgegebenen) Schrift: „die civilrechtlichen Wirkungen der den Zwangscurs des Papiergeldes anordnenden Gesetze" (Wien 1854) mehrere Urtheile des obersten Gerichtshofes an, durch welche in derlei Fällen jede Zahlung in Papiergeld für unzulässig erklärt wurde*). In gleichem Sinne erging auch die in Nr 149 des Jahrg. 1854 der allg. österr. Ger. Ztg. mitgetheilte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 31. Octbr. 1854 Z. 3448, womit die gleichlautenden Urtheile der ersten und zweiten Instanz abgeändert wurden**). In neuester Zeit scheint sich aber die Ansicht dieser

---

**) Dieß gilt auch dann, wenn der Schuldner durch richterliches Urtheil zur Zahlung einer bestimmten Summe in Silbermünze verurtheilt wurde, da das Patent vom 2. Juni 1848 nicht unterscheidet, ob die Zahlungspflicht in Silbermünze sich auf ein gerichtliches Urtheil, auf einen Vertrag oder auf einen andern rechtlichen Act gründet. So hatte der Bronzewaarenfabrikant J. B. in Fürth wider den Spiegelfabrikanten B. u. Comp. in Wien ein Contumazurtheil erwirkt, wodurch erkannt wurde, daß die Beklagten schuldig seien, ihm in Wien 234 fl. 54 kr. in Silbermünze sammt 6procentigen Zinsen u. s. w. zu bezahlen. Diese erlegten hierauf die betreffende Summe in Banknoten, welche aber der klägerische Vertreter nicht annehmen wollte. Der k. k. oberste Gerichtshof erkannte jedoch mit Verordnung vom 3. October 1855, Z. 9826, daß die Geklagten hiermit der ihnen auferlegten Zahlungspflicht vollkommen Genüge geleistet. (Allg. österr. Ger. Ztg. 1855, Nr. 145.)

*) Hiermit stimmt auch die Ansicht des Verfassers überein.

**) Auf Grund einer Schuldverschreibung vom 15. December 1831, worin sich der Schuldner ausdrücklich verpflichtet hatte, „das Darlehen in kais. österreichischen, nach der Münzconvention vom J. 1753 à 20 fl. pr. kölnische Mark feinen Silbers ausgeprägten Zwanzigkreuzerstücken, mit Ausnahme eines jeden Papiergeldes oder jeder sonstigen geringhältigeren Valuta und mit ausdrücklicher Begebung eines jeden Rechtes oder Vortheiles, den vielleicht ein künftiges Gesetz ihm oder seinen Erben in Betreff der Valuta für Capital und Zinsen einräumen könnte, in Prag zurückzuzahlen," haftete auf dem Gute J. in Böhmen eine Satzpost im Restbetrage von 2000 fl. CM. für den als Cessionar eingetretenen Friedrich S. — Nachdem S. diese Satzpost dem gegenwärtigen Besitzer des Gutes J., Joseph M., ordnungsmäßig aufgekündigt hatte, wollte M. am Zahlungstage die Zahlung in Banknoten nach deren Nennwerth leisten, und da S. diese Zahlung anders als in k. k. Silberzwanzigern anzunehmen sich weigerte, erlegte M. den Betrag der Schuld sammt Zinsen in Banknoten bei Gericht. Friedrich S. dagegen überreichte wider Joseph M. die Klage auf Zahlung des für ihn auf der Herrschaft J. haftenden Capitals von 2000 fl. CM. in der durch die intabulirte Schuldverschreibung vom 15. Dec.

höchsten Gerichtsbehörde wieder der entgegengesetzten Auslegung zuzuwenden, zu Folge welcher die einem Vertrage beigefügte Ausschließung jeden was immer für Namen habenden Papiergeldes, und die Verzichtleistung des Schuldners auf die ihm gesetzlich zu Statten kommenden Begünstigungen von keiner Wirkung ist, da das Patent vom 2. Juni 1848 öffentlicher

---

1831 bedungenen Valuta, mit 2000 fl. in k. k. österreichischen nach der Münzconvention vom J. 1753 à 20 fl. pr. Kölner Mark feinen Silbers ausgeprägten Zwanzigkreuzersilberstücken mit Ausschluß jedes Papiergeldes und jeder sonstigen geringhältigeren Valuta. Die erste Instanz erkannte auf Zahlung der schuldigen 2000 fl., wies jedoch den Kläger mit dem weitern Begehren auf Zahlung in k. k. Silberzwanzigern zurück. Die zweite Instanz fand das Klagebegehren gänzlich abzuweisen; der k. k. oberste Gerichtshof erkannte dagegen mit Urtheil vom 31. October 1854, Zahl 3488 demselben gemäß. Die Gründe dieser Entscheidung waren im Wesentlichen folgende: „Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles beruht auf der Auslegung des Gesetzes vom 2. Juni 1848. Um ein Gesetz richtig auszulegen, muß dasselbe in seinem Zusammenhange mit der das gegebene Rechtsverhältniß beherrschenden Rechtsregel aufgefaßt, und in seiner historischen Entwicklung verfolgt werden. In der Regel gestattet das bürgerliche Recht den Contrahenten bei allen Obligationen, die sich auf Geldzahlungen beziehen, die größtmögliche Freiheit. Die Zahlung kann in was immer für Münzen und Geldsorten bedungen werden (§. 878 des b. G. B.). Das durch die Verhältnisse des Jahres 1848 herbeigeführte Gesetz vom 2. Juni 1848, welches eine Ausnahme von dieser Regel des gemeinen Rechts und Beschränkungen desselben enthält, darf wie jedes exceptionelle Gesetz, ohne dringende unabweisliche Nothwendigkeit nicht über seinen Wortlaut ausgedehnt, und im Zweifel muß eher die geringere als die größere Beschränkung und Abweichung von der Regel angenommen werden. Das Gesetz v. 2. Juni 1848 ist von dem Finanzpatente v. 20. Febr. 1811 wesentlich verschieden. In dem Patente vom J. 1811 wurden die Einlösungsscheine, als das an die Stelle der Bankozettel getretene Papiergeld, als die einzige Valuta für das Inland erklärt, und es wurde angeordnet, daß vom 15. März 1811 an alle Contracte zwischen österreichischen Unterthanen, soferne sie sich nicht auf das Ausland beziehen, in dieser Währung, d. i. in Einlösungsscheinen, abgeschlossen werden müssen, und alle auf andere Art eingegangenen Contracte ungiltig sein sollen. Vergleicht man das kaiserliche Patent vom 2. Juni 1848 mit jenem vom Jahre 1811, so wird aus dem Wortlaute und der ganzen Richtung desselben offenbar, daß die Staatsverwaltung darin nicht so weit gehen wollte und auch nicht so weit gegangen ist, als im Jahre 1811, was aus der großen Verschiedenheit der Zeitumstände, unter welchen die eine und die andere Finanzmaßregel entstand, erklärbar ist; denn während im Jahre 1811 die Silber- und Goldmünze fast gänzlich aus dem Lande verschwunden war, war im Jahre 1848 diese Münze allgemein verbreitet und fast das einzige Circulationsmittel in allen Theilen des Staatsgebietes. Während das Patent vom Jahre 1811 die Gold- und Silbermünze für das Inland fast ganz außer Verkehr setzte, enthält das kaiserliche Patent vom 2. Juni 1848 nichts von einem Verbote, Contracte auf klingende Münze abzuschließen, nichts von einer Ungiltigkeit solcher Verträge, und die Noten der privilig. österreichischen Nationalbank wurden keineswegs als die einzige Valuta für das Inland erklärt. Die Finanzgesetze können auch — im Allgemeinen — die Privaten nicht hindern, bei ihren Verträgen anderen Bestimmungen zu folgen und solche Verabredungen und Abweichungen von den gesetzlichen Normen sind nur dann unzulässig, wenn das Gesetz sie ausdrücklich verbietet. Der Vertrag, welchen der Schuldschein vom 15. December 1831 im vorliegenden Rechtsfalle beurkundet, ist daher nach dem Gesetze vom 2. Juni 1848 nicht ungiltig, insbesondere nicht die darin enthaltene Bedingung, daß die Zurückzahlung des Darlehens in

Natur ist, und nicht mit reinen Privatrechtsgesetzen, welche der freien Willkühr Raum lassen, verwechselt werden darf, welche Meinung auch uns als die richtigere erscheint *).

7) Was die nach dem Erscheinen des Pat. vom 2. Juni 1848 eingegangenen Rechtsgeschäfte anbelangt, so ist zuvörderst zu bemerken, daß das gedachte Patent durchaus kein Verbot enthält, Zahlungen rechtsgiltig in klingender Münze zu stipuliren, wie ein solches Verbot allerdings in den §§. 8 und 9 des Finanzpatents vom 20. Februar 1811 (vgl. Bd. 1,

---

kais. österr. Silberzwanzigern mit Ausnahme jeden Papiergeldes oder jeder sonstigen geringhältigeren Valuta und mit ausdrücklicher Begebung eines jeden Rechtes oder Vortheiles, den ein künftiges Gesetz dem Schuldner oder dessen Erben in Betreff der Valuta einräumen könnte, geschehen müsse. Dieß vorausgesetzt, muß diese Vertrags-Verbindlichkeit für rechtswirksam erkannt werden, und der Hypothekarschuldner ist wie der ursprüngliche Schuldner an dieselbe gebunden (§. 443 des b. G. B.). Ueberdieß hat das Gesetz v. 2. Juni 1848 nirgends erklärt, daß der Schuldner auf die ihm durch dasselbe eingeräumten Rechte nicht Verzicht leisten dürfe, und daß eine solche Verzichtleistung ungiltig sei. Da aber die Verzichtleistung des Schuldners im vorliegenden Falle wirklich erfolgte, so erscheinen die beiden Urtheile der unteren Instanzen dem Gesetze und dem vorliegenden Vertrage widersprechend und das Begehren des Klägers als gegründet."

*) Wir haben einen Fall vor uns liegen, in welchem sich der Schuldner mittelst Schuldscheins vom 11. April 1820 verpflichtet hatte, die Zahlung in österr. 20-Kreuzerstücken, 3 Stück auf Einen Gulden gerechnet, mit Ausschluß jedes wie immer Namen habenden Papiergeldes und mit Verzichtleistung auf jede dem Schuldner rücksichtlich der Zahlungsmodalität etwa durch spätere Gesetze zu Statten kommende Begünstigung zu leisten; dennoch wurde die am 22. November 1853 in Banknoten zum vollen Nennwerthe berichtigte Zahlung von allen drei Instanzen für genügend erkannt. Man ging hiebei von der Betrachtung aus, daß die nachtheiligen Rückwirkungen des Gesetzes v. 2. Juni 1848 auf die bis dahin erworbenen Privatrechte Beschränkungen seien, die durch das öffentliche Interesse geboten erscheinen, und die unweigerlich hinzunehmen, eine allgemeine Bürgerpflicht ist; — daß die Umgehung dieser Bürgerpflicht nicht durch Stipulationen sanctionirt werden könne, welche von der Voraussetzung ausgehen, das gedachte Gesetz sei rein privatrechtlicher Natur und gewähre nur eine dem Zahlungspflichtigen zu Statten kommende, verzichtbare Begünstigung; — daß endlich Gegenstand eines Verzichtes nur ein erworbenes, oder nach den bestehenden Civilgesetzen zustehendes Privatrecht sein könne, wogegen die Vortheile, welche eine Verfügung im öffentlichen Interesse Jedermann gewährt, und zur Ausgleichung der gegenseitigen Vor- und Nachtheile im Verkehre ausnahmslos zugesichert hat, hiervon ganz unabhängig seien. — Der oberste Gerichtshof fand (nach Inhalt der Entscheidungsgründe zu seinem Urtheile vom 9. April 1856, Z. 2590) eine Bestätigung der oben entwickelten Ansicht insbesondere auch in der k. Verordnung v. 7. Februar 1856, aus welcher zu entnehmen ist, daß das Gesetz die Verbindlichkeit zur Annahme der Banknoten im vollen Nennwerthe durch kein vor der Kundmachung dieser neuen Vorschrift, sei es vor oder nach dem Patente vom 2. Juni 1848 getroffenes Uebereinkommen der Parteien auf Zurückzahlung des Darleihens in der gegebenen klingenden Münze (mit Ausnahme der Gold- und der ausländischen Silbermünzen) beirrt wissen wollte, es möge die Absicht oder die Willensmeinung der Parteien durch die zum Ueberflusse beigefügte Ausschließung jedweden Papiergeldes und durch die beigefügte Verzichtleistung auf die dem Schuldner gesetzlich zu Statten kommenden Begünstigungen noch mehr verdeutlicht worden sein, oder nicht.

S. 45 und 46 d. W.) enthalten war*). Der Zweck dieses Gesetzes konnte auch ohne ein solches Verbot erreicht werden, und es stand in keiner Weise zu befürchten, daß die Wirksamkeit der bezüglichen Finanzmaßregeln darunter leiden würde, wie dieß auch die seither gemachten Erfahrungen bewährt haben. Es blieb also nach wie vor den Parteien die größtmögliche Freiheit in der Contrahirung von Gelddarleihen gestattet, und ebenso der, im §. 1413 des b. G. B. ausgesprochene Grundsatz aufrecht, daß, wenn es sich um die Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit handelt, weder der Gläubiger gezwungen werden könne, etwas Anders anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner etwas anders zu leisten, als er zu leisten verbunden ist. Demnach dürfte es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß in dem Falle, als die Rückzahlung eines nach dem Patente vom 2. Juni 1848 gegebenen Gelddarleihens in Gold- oder ausländischer Silbermünze bedungen würde, sie auch auf die verabredete Weise zu leisten sei. Wir glauben dieses aber, mit Rücksicht auf die eben entwickelten Grundsätze, auch für den Fall behaupten zu können, wenn die Stipulation auf eine bestimmte inländische Silber-Münzsorte, oder auf Silbermünze mit Ausschluß des Papiergeldes lautet, weil auch hier der klare Wille der Parteien vorliegt, von welchem nicht abgegangen werden darf, ohne Treue und Glauben zu untergraben, und dem Verleiher die empfindlichsten Wunden zu versetzen**). Nur wenn also über die Art der Rückzahlung gar nichts festgesetzt wurde, oder wenn die Stipulation lediglich auf klingende Münze (Silbermünze) ohne Beisatz lautet, muß bei dem Bestande des Zwangscurses der Banknoten die Zahlung auch in diesen, und zwar nach ihrem vollen Nennwerthe angenommen werden, da der Begriff des Zwangscurses eben darin besteht, daß ein bestimmtes Papiergeld in der Regel an die Stelle des gemünzten Geldes tritt und bei Zahlungen nicht zurückgewiesen werden darf.

§. 988.

Gesetzliche Münzveränderungen ohne Veränderung des inneren Gehaltes, geben auf Rechnung des Darleihers. Er empfängt

---

*) Die (muthmaßlichen) Gründe dieser Abweichung sind sehr gut entwickelt in dem Aufsatze: Zur Verständigung über einige Fragen aus Anlaß der Anwendung der den Zwangscurs des Papiergeldes betreffenden Gesetze vom Jahr 1848 (in der allg. österr. Ger. Ztg. 1853, Nr. 121) und in der o. a. Schrift: Die civilrechtlichen Wirkungen der den Zwangscurs des Papiergeldes anordnenden Gesetze. Wien, 1854.

**) Aehnlich ist der Fall, wenn die Zahlung in Silbermünze, oder in Papiergeld, jedoch in der Weise bedungen wurde, daß bei der Leistung in Papiergeld der Zahlende dem Gegentheile das Agio nach dem Curse des Zahlungstages zu vergüten habe. Ein solcher Vertrag wurde von dem k. k. obersten Gerichtshofe mit Urtheil vom 2. Juni 1853, Zahl 4573 als vollkommen rechtsgiltig und wirksam anerkannt (allg. österr. Ger. Ztg. 1853, Nr. 106) — Vergl. übrigens die, von einem entgegengesetzten Standpunkte ausgehenden Entscheidungen der Gerichtshöfe in Nr. 22 und Nr. 122 der allg. österr. Ger. Ztg. vom Jahr 1853.

die Zahlung in der bestimmten, gegebenen Münzsorte, z. B. von 1000 Stücken kaiserlichen Ducaten, oder 3000 Zwanzig-Kreuzerstücken ohne Rücksicht, ob deren äußerer Werth in der Zwischenzeit erhöhet oder vermindert worden ist. Wird aber der innere Werth geändert, so ist die Zahlung im Verhältnisse zu dem inneren Werthe, den die gegebene Münzsorte zur Zeit des Darleihens hatte, zu leisten.

1) Eine Veränderung der Münze kann sich entweder auf den äußeren (Nennwerth) oder auf den innern Werth (Gehalt) derselben beziehen. Im ersten Falle behält das Münzstück sein früheres Gewicht und seinen früheren Feingehalt, aber die Benennung desselben ändert sich, z. B. das Zwanzigkreuzerstück wird mit 24 Kreuzern bezeichnet. Hier muß dieselbe Anzahl von diesen veränderten Münzstücken zurückbezahlt werden, welche in der ursprünglichen Münzsorte gegeben wurde. Sind z. B. 300 Stück Zwanziger (von denen 60 auf eine feine kölnische Mark gehen) als Darleihen zugezählt worden, und werden nun 60 Vierundzwanzigkreuzerstücke aus einer feinen kölnischen Mark ausgeprägt, so sind 300 von diesen Vierundzwanzigkreuzerstücken zurückzuzahlen*), wenn gleich der Darleiher dadurch statt der gegebenen 100 Gulden (den Gulden zu 60 Kreuzern gerechnet) nunmehr 120 Gulden zurückerhält, denn diese 120 Gulden gewähren ihm keine größere Vermögensmacht, als ihm die gegebenen 100 fl. gewährt hatten, da man im Verkehr nicht auf den äußeren, sondern auf den innern Werth sieht, und bei einer Veränderung des Ersteren alsbald die Preise der Waaren sich in entsprechender Weise verändern**).

2) Wird dagegen der innere Wrrth einer Münze verändert, so muß die Zahlung — ganz übereinstimmend mit dem Begriffe des Darleihens, wie er im §. 983 festgesetzt erscheint — nach dem Verhältnisse des inneren Werthes geleistet werden. Es wird also nicht mehr dieselbe Anzahl von Münzstücken zu entrichten kommen, welche ursprünglich zugezählt worden war, sondern eine größere oder geringere, je nach dem der Münzfuß herabgesetzt oder erhöht worden ist. So müßte z. B. der Schuldner, der 100 Gulden nach dem Zwanzigguldenfuß empfangen hat, 120 Gulden zurückzahlen, wenn die Regierung zu dem Vierundzwanzig-Guldenfuße übergegangen wäre, d. h. wenn nunmehr aus einer feinen

---

*) Wie man sieht, ist das Beispiel des §. 988 nicht glücklich gewählt, denn ist der äußere Werth der Zwanzig-Kreuzerstücke erhöht oder vermindert worden, so können sie nicht mehr den Namen „Zwanzig-Kreuzerstücke" führen.

**) Es ist nicht klar, was das Gesetz damit meint, wenn es sagt, „eine Veränderung des äußeren Werthes der Münze gehe auf Rechnung des Darleihers", und mit Recht bemerkt Winiwarter (bürgerl. Recht Bd. 4, S. 189), daß man eben so gut sagen könne, sie gehe „auf Rechnung des Schuldners." — Dagegen können wir der Ansicht dieses Schriftstellers durchaus nicht beipflichten, wenn er meint, daß in dem Falle, als ein Darleihen von 100 fl. in Banknoten gegeben, und die Rückzahlung in Zwanzigern bedungen wurde, nur 250 Stück zurückbezahlt zu werden brauchen, sobald der Zwanziger auf 24 Kreuzer erhöht wurde. Hier würde der Darleiher offenbar weniger erhalten, als ihm nach dem Gesetze (§. 983) gebührt.

kölnischen Mark nicht mehr 20 Gulden, sondern 24 Gulden geprägt würden, denn diese 120 fl. gewähren nunmehr, nach dem oben Erwähnten dieselbe Vermögensmacht, welche früher die 100 Gulden gewährt hatten*).

§. 989.

Sind zur Zeit der Rückzahlung dergleichen Münzsorten im Staate nicht im Umlaufe, so muß der Schuldner den Gläubiger mit zunächst ähnlichen Geldstücken in solcher Zahl und Art befriedigen, daß derselbe den zur Zeit des Darleihens bestandenen inneren Werth dessen, was er gegeben hat, erhalte.

Ist eine Münze ganz außer Umlauf gesetzt worden, wie es z. B. bei den Siebenzehnkreuzerstücken in Oesterreich der Fall war, so kann weder der Gläubiger gezwungen werden, sie anzunehmen, weil die verrufene Münze eben aufgehört hat, Geld zu sein — noch der Schuldner verhalten werden, sie herbeizuschaffen, da ihm dieß meistentheils — bei der in solchen Fällen stattfindenden Einschmelzung der verrufenen Münzsorten — unmöglich oder mit unverhältnißmäßigen Opfern verbunden wäre**). Hierauf gründet sich die Verfügung des vorstehenden Paragraphen, welcher bestimmt, daß die Zahlung in zunächst ähnlichen Geldstücken zu leisten sei. Dieß bezieht sich sowohl auf die Art des Metalles (Gold oder Silber), als auf die Größe der Münzstücke, so daß eine in Siebzehnkreuzerstücken contrahirte Schuld nunmehr in Zwanzigkreuzerstücken (als den zunächst ähnlichen) zurückbezahlt werden müßte; jedoch versteht sich in einer solchen Anzahl, daß der Gläubiger den zur Zeit des Darleihens bestandenen inneren Werth dessen erhält, was er gegeben hat.

§. 990.

In öffentlichen Schuldscheinen können Darleihen in der Art giltig geschlossen werden, daß die Tilgung der Schuld entweder mit einem durchaus gleichen öffentlichen Schuldscheine, wie der dargeliehene war, geleistet, oder der Betrag nach dem Werthe, welchen der Schuldschein zur Zeit des Darleihens hatte, zurückgezahlt werde. b) in Schuldscheinen;

1) Es ist schon oben (S. 180) angedeutet worden, daß öffentliche Obligationen auch zu Gelddarleihen verwendet werden können, und zwar in der Art, daß der Betrag nach dem Curswerthe, den die öffentliche Obligation zur Zeit des Darleihens hatte, zurückgezahlt werde, wie dieß schon in dem Hofdecret vom 20. Mai 1808, Nr. 842 der J. G. S. ausgesprochen war.

---

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1, S. 458 u. ff.

**) Die Civilisten wenden in einem solchen Falle den Grundsatz des fr. 71. §. 1. Dig. de leg. I. (30) und das fr. 14. §. 3. Dig. de leg. III. (32) an.

2) Oeffentliche Schuldscheine sind aber als verbrauchbare Sachen, auch an und für sich zu Darleihen geeignet, wo es dann bei der Regel des §. 983 bleibt, daß eben so viel von derselben Gattung und Güte zurückgegeben werden, also die Tilgung der Schuld in einem durchaus gleichen öffentlichen Schuldscheine erfolgen müsse. In solchem Falle ist dann ein Darleihen in öffentlichen Obligationen, nicht aber ein Gelddarleihen vorhanden*). Für Darleihen dieser Art hatte der §. 3 des Patents vom 2. December 1803, Nr. 640 der J. G. S. bestimmt, daß der Werth der Obligationen bei dem Darleihen nach dem zur Zeit des Darleihens bestandenen, und bei der Zurückzahlung nach dem zu dieser Zeit bestehenden Börsecurse zu berechnen sei. Allein schon das Hofd. vom 20. Mai 1808 ist von dieser Bestimmung wieder abgegangen, indem es die Rückzahlung ohne weiteren Beisatz in gleichen verzinslichen öffentlichen Obligationen gestattete, und diese Verfügung ist auch in den §. 990 unsers b. G. B. aufgenommen worden. Sie entspricht auch vollkommen der Natur des Darleihentsvertrages, und der Verfügung des §. 992, vermöge welcher es keinen Unterschied macht, wenn die dargeliehene Sache in der Zwischenzeit, zwischen der Schließung und der Rückzahlung des Darleihens, am Werthe gestiegen oder gefallen ist**).

3) Indem das Gesetz von gleichen Schuldscheinen spricht, hat es nicht sowohl das Datum der Ausfertigung, die Nummer und den Betrag der einzelnen Obligationen im Auge, da diese in der That gleichgiltig sind, wohl aber den Zinsfuß, dann den Umstand, ob die Zinsen in Silbermünze oder in Papiergeld, gegen Zinsencoupons oder gegen förmliche Quittungen ausbezahlt werden, und ob die Obligation auf den Ueberbringer oder auf einen bestimmten Namen lautet, ob sie verlosbar ist oder nicht.

4) Haben die Parteien über die Art und Weise der Rückzahlung eines in öffentlichen Obligationen gegebenen Darleihens nichts bestimmt, so ist dieselbe nach dem Hofdec. v. 20. Mai 1808 nur in gleichen öffentlichen Obligationen zu leisten, und diese Bestimmung, obwohl sie nicht ausdrücklich in den §. 990 aufgenommen wurde, muß doch auch gegenwärtig noch als Richtschnur dienen, da sie eigentlich nur ein Folgesatz aus dem im §. 983 festgestellten Begriffe des Darleihens ist***).

5) Endlich kömmt in Beziehung auf die in öffentlichen Schuldscheinen gegebenen Darleihen noch zu bemerken, daß nach dem schon oft erwähnten Hofdecrete vom 20. Mai 1808 unverzinsliche öffentliche Obligationen (deren es ohnehin nur wenige mehr gibt), von der Anwendbarkeit zu verzinslichen Darleihen gänzlich ausgeschlossen sind.

§. 991.

Wenn statt Geldes ein Privat-Schuldschein oder Waaren gegeben worden sind; so ist der Schuldner nur verbunden,

*) Der erste Fall des §. 990 paßt also nicht unter die Marginal-Inschrift des §. 985.

**) Vgl. Scheidlein, a. a. O. §§. 28—32.

***) Vgl. Scheidlein, a. a. O. §§. 33—35.

entweder den Schuldschein oder die empfangenen Waaren unbeschädigt zurück zu stellen, oder dem Gläubiger den von diesem zu erweisenden Schaden zu ersetzen.

1) Wir haben ebenfalls bereits früher (S. 181) erwähnt, daß Privatschuldscheine und Waaren sich nicht zu einem Gelddarleihen eignen, weil sie von dem Empfänger erst in Geld umgesetzt werden müssen, und dieß oft nur unter ihrem wahren Werthe geschehen kann; deßhalb erklärt es der §. 8 des Pat. vom 2. Decbr. 1803 für einen Wucher am Capitale, wenn dem Anleiher statt baren Geldes ganz oder zum Theile Privatforderungen, Waaren oder andere Habschaften gegeben werden, und der §. 991 des a. b. G. B. versagt einem solchen Geschäfte den Rechtsbeistand. Es kann also aus demselben nicht die Darleihensklage auf Zahlung des bedungenen Geldbetrages angestellt werden.

2) Eben aber aus der Richtigkeit des in Frage stehenden Uebereinkommens folgt, daß der Schuldner allerdings verhalten werden kann, die empfangene Sache selbst wieder zurückzustellen, zumal er sich sonst ohne allen Grund mit dem Schaden des Gebers bereichern würde. Wäre diese Rückstellung nicht mehr möglich, weil die als Darleihen gegebenen Schuldscheine oder Waaren bereits hintangegeben worden sind, so kömmt nach dem Schlußsatze des Paragraphen dem Gläubiger der von diesem zu erweisende Schaden zu ersetzen. Als solcher wird sich der wahre Werth der gegebenen und nicht wieder zurückverlangten Sache darstellen, der erforderlichen Falls durch Schätzung ermittelt werden müßte. Scheidlein meint zwar (a. a. O. §. 43), daß der Schuldner nur verhalten werden könne, dasjenige herauszugeben, was er für die veräußerte Sache bekommen hat; allein dieser Ansicht steht der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen. Auch die Behauptung Winiwarter's (bürg. Recht, Bd. 4, S. 195) scheint uns nicht stichhältig zu sein, daß in dem vorliegenden Falle der §. 1304 zur Anwendung komme, daß demnach ein Recht auf Ersatz für den Gläubiger nur in sofern begründet sei, als sich der Darleiher (soll wohl heißen „Anleiher"), ohne diesen Ersatz zu leisten, mit fremden Schaden bereichern würde. Der Nachsatz paßt hier nicht zu dem Vordersatze, denn der §. 1304 stellt eine ganz andere Rechtsregel auf, als welche der Verfasser daraus ableitet, und überdies handelt es sich nicht darum, daß der Schuldner sich nicht mit dem Schaden des Gläubigers bereichere, sondern vielmehr darum, ob er bloß das aus den Waaren oder Schuldscheinen Gelöste herausgeben, oder auch noch aus dem Seinigen etwas leisten müsse, um den Schaden des Gläubigers zu ersetzen; und Letzteres scheint uns allerdings der Fall zu sein, da das Gesetz ihm die Pflicht des Schadenersatzes ohne weitere Beschränkung auferlegt. Dagegen ist ganz richtig, was Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 33) behauptet, daß der Gläubiger, der einen Privatschuldschein statt baren Geldes als Darleihen gegeben, nicht den ganzen übertragenen Forderungsbetrag (d. h. wohl nicht den Nennwerth der Forderung) begehren könne, sondern daß vielmehr auszumitteln sei, zu welchem Opfer sich der Anleiher nach den Verhältnissen der Zeit und des Ortes herbeilassen mußte, um für den erhaltenen Schuldschein baares Geld zu erborgen, denn auf diese Weise wird gerade

der eigentliche innere Werth desselben ermittelt werden, den wir oben als Gegenstand des Schadenersatzes bezeichneten.

3) Wäre die übergebene Sache zwar nicht veräußert aber beschädiget worden, oder zu Grunde gegangen, so haftet der Empfänger gleich einem Entlehner nach §. 779, da er ja eben verpflichtet ist, das Empfangene in natura zurückzustellen, das Rechtsverhältniß also mit dem Leihvertrage große Aehnlichkeit hat. Er ist also nur den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen verpflichtet, der bloße Zufall trifft den Gläubiger, der in Folge der Nichtigkeit des Darleihensvertrages noch immer Eigenthümer der Sache geblieben ist.

4) Daß der (zusammengesetzte) Vertrag, kraft dessen Jemandem Waaren oder Privatschuldscheine zu dem Ende übergeben werden, damit er sie in Geld umsetze, und den daraus gelösten Betrag sohin als Darleihen behalte, nicht unwirksam sei, haben wir schon oben (S. 181) erwähnt.

§. 992.

c) Darleihen in anderen verbrauchbaren Gegenständen.

Bei Darleihen, die nicht über Geld, sondern über andere verbrauchbare Gegenstände geschlossen werden, macht es, dafern nur die Zurückstellung in der nämlichen Gattung, Güte und Menge bedungen worden, keinen Unterschied, wenn sie in der Zwischenzeit am Werthe gestiegen oder gefallen sind.

1) Darleihen werden wohl meistens in Geld geschlossen; sie können aber, wie schon der §. 984 andeutet, auch in anderen verbrauchbaren, oder von den Parteien als solche angesehenen Gegenständen eingegangen werden (z. B. in Getreide, Wein, oder in Exemplaren eines Buches, eines Kupferstiches u. dgl.). Die Pflicht des Anleihers besteht hier immer darin, ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückzugeben, als er empfangen hat; ob in der Zwischenzeit eine Vermehrung oder Verminderung des Werthes eingetreten ist, hat hierbei keinen Einfluß; allerdings könnte sich aber der Darleiher insbesondere ausbedingen, daß die etwa mitwirkende Preisdifferenz im Gelde vergütet werden müsse *).

2) Diese Bestimmungen gelten auch für Darleihen in Privatschuldscheinen, wenn sich diese in ihrer Form auch noch so sehr den öffentlichen Obligationen nähern; indem sie (wie z. B. die Esterházy'schen, Waldstein'schen Lose u. dgl.) auf den Ueberbringer lauten, und einen Gegenstand des Börsenverkehres bilden, weil es durchaus nicht angeht, die besonderen, den öffentlichen Schuldscheinen aus finanziellen Rücksichten zugestandenen Begünstigungen auf Privatschuldscheine auszudehnen.

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 35. Wenn der Verf. aber weiter behauptet, daß es auch statthaft sei, die dargeliehenen Waaren sogleich in Geld anzuschlagen, und sich die Zurückzahlung in diesem Geldbetrage zu bedingen, so scheint er mit der Vorschrift des §. 991 in directen Widerspruch zu treten.

§. 993.

Wenn sich der Darleiher bei was immer für einem Darleihen in Rücksicht auf die Gattung, Güte und Menge ausdrücklich oder stillschweigend mehr bedingt, als er gegeben hat; so kann der Vertrag nur in so fern bestehen, als dabei die erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten werden. Zinsen.

Nach §. 984 kann ein Darleihen ohne oder gegen Zinsen gegeben werden, in welch' letzterem Falle es auch Zinsenvertrag genannt wird; unter Zinsen (usurae) versteht man aber sohin jenes Entgelt, welches für den entzogenen Gebrauch einer Quantität vertretbarer Sachen (der Hauptstock, das Capital [sors, caput] im Gegensatze zu den Zinsen genannt) in Sachen gleicher Art entrichtet wird. Hätten wir keine beschränkenden positiven Gesetze, so würde es den Parteien völlig frei stehen, sich Zinsen in was immer für einem Ausmaße zu bedingen; allein schon das römische Recht hatte ein Zinsmaximum festgesetzt, welches anfänglich 12 pCt. jährlich betrug, von Justinian aber in der Regel auf die Hälfte herabgesetzt worden war*). Das canonische Recht verbot (wie schon früher das mosaische) überhaupt Zinsen zu nehmen**); und dieses Verbot stand anfänglich in Deutschland der Anwendung des römischen Rechts bezüglich der Zinsnahme entgegen, mußte aber später der Macht der Umstände weichen. So bestimmten die Reichsgesetze, daß der Käufer einer jährlichen Rente sich für ein gegebenes Capital nicht mehr als fünf vonHundert bedingen dürfe (Reichs-Absch. v. J. 1500, Tit. 32. — Reichs-Polizei-Ordnung v. J. 1530, Tit. 26, §. 8; R. P. O. v. J. 1548, Tit. 17, §. 8; R. P. O. v. J. 1577, Tit. 17, §. 9). Ein gleiches Zinsmaß wurde weiters für die verzinslichen Darleihen der Juden (R. P. O. v. J. 1577, Tit. 20, §. 6) und für die Verzugszinsen bei Darleihen (Reichs-Deputations-Abschied v. J. 1600, §. 139), endlich aus Anlaß der Bedrängnisse des dreißigjährigen Krieges für Zinscontracte überhaupt (Jüngster Reichs-Abschied v. J. 1654, §. 174) festgesetzt. Auch unser Gesetzbuch hat eine ähnliche Beschränkung aufgenommen, welche im folgenden Paragraph enthalten ist.

2) Jede diesen Bestimmungen zuwiderlaufende Verabredung ist ungiltig; es kann demnach das Uebermaß über die gesetzlich erlaubten Zinsen nicht gefordert werden***).

3) Ist das Darleihen ein Gelddarleihen, so wird noch überdieß durch eine solche Stipulation die Uebertretung des Wuchers begründet (§. 1 des Pat. v. 2. December 1803), da es der §. 9 dieses Gesetzes für

---

*) Vgl. Puchta a. a. O. §. 229 und Thibaut a. a. O. §. 173, wo auch die Ausnahmen von der oben angeführten Regel enthalten sind.

**) Tit. X. de usuris (5, 19).

***) Reichs-Polizei-Ordnung v. J. 1577, Tit. 17, §. 8. — Dieß gilt auch von Verabredungen, welche zur Umgehung des Gesetzes geschlossen werden. Vgl. fr. 13, §. 26. Dig. de act. emt. vend. (19, 1) und fr. 44. Dig. de usur. (22, 1); dann §. 916 des a. b. G. B.

Wucher in Zinsen erklärt, wenn höhere Zinsen, als gesetzlich erlaubt ist, bezogen oder auch nur bedungen werden, wie das Hfd. v. 26. März 1824, Nr. 1997 der J. G. S., ausdrücklich verfügt.

§. 994.

Durch Vertrag können bei einem gegebenen Unterpfande fünf, ohne Unterpfand sechs von Hundert auf Ein Jahr von Jedermann bedungen werden. Dieses Maß der erlaubten Vertragszinsen ist auch dann zu verstehen, wenn zwar Zinsen bedungen, aber ihr Betrag nicht bestimmt worden ist.

1) Schon durch den §. 4 des Pat. vom 2. December 1803 war das Zinsmaximum bei Gelddarleihen auf 5, beziehungsweise 6 vom Hundert festgesetzt worden, je nachdem nämlich dem Gläubiger ein Unterpfand gegeben wurde, oder nicht. Dieses Maß, sammt dem eben angeführten Unterschiede ist nun in unserem b. G. B. als allgemeine Richtschnur vorgeschrieben, und dabei auf den Umstand Rücksicht genommen, daß durch die Bestellung eines Pfandes die Gefahr für den Gläubiger vermindert wird, und das Opfer, welches für den Schuldner mit dem Geschäfte verbunden ist, sich als ein geringeres darstellt. Eben deßhalb hat das niedrigere Zinsmaß aber nur dann einzutreten, wenn das Handpfand wirklich übergeben worden ist, oder im Falle einer Hypothek die Eintragung in die öffentlichen Bücher wirklich stattgefunden hat. Das bloße Versprechen, ein Faustpfand zu übergeben (die bloße Verschreibung einer Hypothek) schließt dagegen den Bezug von 6procentigen Zinsen nicht aus. Wurde daher erst während des Bestandes eines Darleihens ein Pfand für dasselbe bestellt, so können bis zum Zeitpuncte der Bestellung 6, von diesem Zeitpuncte an aber nur 5 pCt. Zinsen gefordert werden*).

2) Die Bestellung einer Bürgschaft erscheint im §. 1373 zwar auch als eine Art der Sicherstellung, äußert aber nicht gleiche Wirkung, wie die Einräumung eines Pfandes; es können also ungeachtet derselben 6procentige Zinsen bezogen werden.

3) Für Triest und Fiume wurde, wahrscheinlich mit Rücksicht auf die Lebhaftigkeit des dortigen Verkehrs, durch das Hofd. v. 21. November 1818, Nr. 1520 der J. G. S. (Nr. 67 des Anh. zum a. b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 64 des Anh. zum a. b. G. B. für Siebenbürgen)

---

*) Die Brüder R. hatten für ein von J. C. im Jahre 1821 erhaltenes Darleihen sich zur Zahlung 6procentiger Interessen verpflichtet, und zugleich den Gläubiger ermächtigt, sich für seine Forderung durch hypothekarische Inscription auf einige ihnen gehörige Grundstücke sicherzustellen, der Gläubiger machte jedoch von diesem Rechte bis zum Jahre 1838 keinen Gebrauch; erst in diesem Jahre erwirkte er die Eintragung seiner Forderung in das Hypothekenbuch. Der oberste Gerichtshof entschied, daß dem Gläubiger bis zum Jahre 1838 die vollen 6 pCt. gebühren, daß aber nach der Inscription der Hypothek an jährlichen Zinsen nur 5 vom Hundert zu zahlen seien (allg. öst. Ger. Ztg. 1852, Nr. 149).

bestimmt, daß der Gläubiger sich selbst im Falle eines gegebenen Unterpfandes 6 vom Hundert als jährliche Zinsen mit rechtlicher Wirkung bedingen könne; „und auf die dem gemeinschaftlichen Erwerbe beförderlichen eigentlichen Handelsgeschäfte der Handelsleute und Fabrikanten unter sich" ist das Wucher-Patent (vom 2 December 1803) nach dem §. 3 desselben gar nicht anzuwenden.

4) Sind in einer Schuldurkunde höhere, als die gesetzlich erlaubten Zinsen vorgeschrieben worden, so kann diese zwar dessenungeachtet den öffentlichen Büchern einverleibt werden, eine solche Eintragung hat aber nur bis zum rechtlichen Betrage volle Wirkung (§. 4 des Pat. v. 2. December 1803).

5) Es ist schon oben bemerkt worden, daß die Parteien das Maß der Zinsen innerhalb der gesetzlichen Gränzen nach Belieben festsetzen können; haben sie dasselbe aber nicht bestimmt, jedoch die Entrichtung von Zinsen überhaupt bedungen, so vermuthet das Gesetz, das sie auf den Betrag des gesetzlich erlaubten Zinsmaximums übereingekommen seien; wer also behauptet, daß er nur geringere Zinsen zu leisten habe, müßte dieses erweisen.

6) Die Festsetzung des Maßes der erlaubten Vertragszinsen ist übrigens, wiewohl der §. 994 in das Hauptstück vom Darleihensvertrage eingereiht ist, nicht ausschließlich auf Darleihensverträge beschränkt, sondern bezieht sich auf Verträge überhaupt, wodurch Zinsen bedungen, aber das Maß derselben nicht bestimmt worden ist*).

§. 995.

Wenn Jemanden Zinsen, ohne ausdrückliche Bedingung, aus dem Gesetze gebühren; so sind vier von Hundert, und zwischen den von den Behörden berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten bei einer aus einem eigentlichen Handlungsgeschäfte entsprungenen Schuld sechs von Hundert auf das Jahr als die gesetzmäßigen zu entrichten.

1) Die Zinsverbindlichkeit kann nicht nur auf einem Uebereinkommen der Parteien beruhen, sondern auch in einer letztwilligen Anordnung oder in der Verfügung des Gesetzes ihren Grund haben. In diesem Sinne unterscheidet man Vertragszinsen (usurae ex obligatione), Zinsen aus einem letzten Willen und gesetzliche Zinsen (usurae legales). Obwohl hier eigentlich nur von den ersteren zu handeln käme, so hat es das Gesetz doch für zweckmäßig erachtet, auch einige Bestimmungen über die gesetzlichen Zinsen anzureihen, nachdem hinsichtlich der aus einem letzten Willen gebührenden Zinsen die allgemeinen Vorschriften über letztwillige Verfügungen zur Anwendung zu kommen haben.

---

*) Vgl. den Civilrechtsfall in der allgem. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 67 und die darüber erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. März 1856, Z. 1363.

2) Die Fälle, in denen Jemandem, ohne ausdrückliche Bedingung, aus dem Gesetze Zinsen gebühren, sind:

a) wenn der Eigenthümer einer, mit einem Fruchtgenusse belasteten Sache Bauführungen, die durch das Alter des Gebäudes oder durch einen Zufall nothwendig gemacht werden, auf seine Kosten besorgt; unter dieser Voraussetzung ist ihm der Fruchtnießer nach §. 514, nach Maß der dadurch verbesserten Fruchtnießung die Zinsen des verwendeten Capitals zu vergüten schuldig;

b) weiters gebühren dem Geschenkgeber, wenn er in solche Dürftigkeit geräth, daß es ihm an dem nöthigen Unterhalte gebricht, unter den im §. 947 enthaltenen Beschränkungen, die Zinsen von dem geschenkten Betrage;

c) ein ähnliches Recht steht nach §. 954 den nachgebornen Kindern eines kinderlosen Geschenkgebers zu;

d) endlich wird der Schade, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des Capitals zugefügt hat, nach §. 1333 durch die Entrichtung von Zinsen vergütet, welche den Namen der Verzugszinsen oder Verzögerungszinsen (usurae morae) führen.

3) Was das Maß der gesetzlichen Zinsen anbelangt, so ist es in unserem b. G. B. der Regel nach auf vier pCt. festgesetzt worden, nachdem schon die älteren Gesetze vom 17. Juni und 30. October 1758 und vom 4. Juli 1792 dieses Ausmaß festgehalten hatten*).

4) Für Triest und Fiume sind durch das oberwähnte Hofdecr. vom 21. November 1818 auch die gesetzlichen Verzugszinsen auf sechs von Hundert fixirt worden; diese Bestimmung scheint aber, da sie eben eine Ausnahme von der sonst geltenden Regel enthält, nicht auf die übrigen Fälle der gesetzlichen Zinsen (s. oben Z. 2, lit. a, b und c) angewendet werden zu dürfen.

5) Eine weitere Ausnahme besteht hinsichtlich der aus eigentlichen Handelsgeschäften entsprungenen Schulden zwischen den von den Behörden berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten, und zwar wohl deßhalb, weil diese ihre Capitalien zu höheren Zinsen benützen können, als welche im gewöhnlichen Privatverkehre geleistet werden.

6) Sind ausdrücklich Jemandem die gesetzlichen Zinsen zugesichert worden, so können in der Regel nur 4procentige (ausnahmsweise 6procentige) Zinsen gefordert werden, wiewohl sonst das Maß der bedungenen Zinsen nach §. 994 zu beurtheilen kömmt; denn hier ist der Betrag der-

---

*) Der Reichs-Deputations-Abschied vom J. 1600 hatte im §. 139 die Verzugszinsen bei Darleihen auf 5 pCt. bestimmt, „der Vermuthung halber, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünf wohl haben möge;" er ist also offenbar von der Voraussetzung ausgegangen, daß der factische Zinsfuß wirklich 5 pCt. betrage, und wollte demnach dem Gläubiger an Verzugszinsen nur so viel zusprechen, als er nach Orts- und Zeitverhältnissen bei Ausleihung des Geldes hätte erlangen können. Die Praxis hat übrigens jene Anordnung als eine Fixirung der Verzugszinsen auf 5 von Hundert verstanden.

selben nicht unbestimmt geblieben, sondern von den Parteien mit Bezugnahme auf das vom Gesetze (im §. 995) bestimmte Ausmaß festgesetzt worden *).

§. 996.

Wenn außer der Bestimmung des Ortes und der Zeit der Zahlung des Capitals und der Zinsen dem Darleiher unter was immer für einer Gestalt und Benennung noch andere Nebenschuldigkeiten; oder, wenn für sich oder für andere Nebenvortheile bedungen worden; so sind sie in so fern dabei im Ganzen das Maß der erlaubten Vertragszinsen überschritten wird, ungültig.

1) Im Allgemeinen ist es nicht unstatthaft, nebst der Bestimmung des Orts und der Zeit der Zahlung des Capitals und der Zinsen dem Anleiher noch andere Nebenschuldigkeiten, z. B. gewisse Dienstleistungen aufzuerlegen, oder für sich oder für Andere (z. B. einen Unterhändler) Nebenvortheile zu bedingen, z. B. daß der Darleiher eine Wohnung in dem Hause des Anleihers um einen geringeren Zins, als gewöhnlich, erhalten solle und dergl. Damit aber derlei Verabredungen nicht zur Umgehung des Gesetzes mißbraucht werden, verordnet der §. 996, daß die in Frage stehenden Leistungen auf die erlaubten Vertragszinsen reducirt werden; es muß daher der wahre Werth derselben durch Schätzung bestimmt, und dieser mit den erlaubten Vertragszinsen (5 und 6 pCt.) verglichen werden, um zu sehen, ob er, mit Hinzurechnung der allenfalls noch außerdem bedungenen Zinsen, dieses Maß übersteigt oder nicht. Im ersteren Falle könnte das bedungene Uebermaß nicht gefordert werden.

2) Die Nebenbestimmung, daß dem Gläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen solle, ist nach §. 1372 überhaupt ohne rechtliche Wirkung, mag sie das erlaubte Maß der Vertragszinsen überschreiten oder nicht.

3) Bei Gelddarleihen ist es außerdem untersagt, den Fruchtgenuß eines Grundstückes auch ohne Verpfändung einzuräumen, oder Naturalien statt der Geldzinsen zu bedingen, weil durch einen solchen Nebenvertrag, der immer eine ordentliche genaue Berechnung voraussetzt, viele verwickelte Rechnungsprocesse veranlaßt, und die Geldanleiher in Dunkelheit gesetzt werden, was sie bei der Unsicherheit der Preise der Naturalien für einen großen und drückenden Betrag an Zinsen werden zu entrichten haben (Hfd. vom 24. December 1816, Nr. 1305 der J. G. S.); der §. 999 bestimmt deßhalb, daß Zinsen von Gelddarleihen in der nämlichen Währung, wie das Capital selbst (also wieder nur im Gelde) zu entrichten seien, und die Vorschrift des §. 996 gilt demnach nur von Darleihen in anderen vertretbaren Sachen.

---

*) Dr. F. K. Prockner: Einige Worte über versprochene gesetzliche Zinsen (im Juristen. Bd. 16. S. 265).

4) Wenn aber bei Gelddarleihen dem Schuldner außer der ausgedrückten Frist der theilweisen oder gänzlichen Rückzahlung des Capitals und Abtragung der Zinsen unter was immer für einer Gestalt und Benennung Nebenschuldigkeiten aufgelegt oder für sich oder für Andere Nebenvortheile bedungen werden, so wird hierdurch überdieß noch ein Wucher in Bedingungen begründet (§. 10 des Pat. vom 2. Dec. 1803).

§. 997.

Die Zinsen sind gemeiniglich bei Zurückzahlung des Capitals; oder, wenn der Vertrag auf mehrere Jahre geschlossen, und in demselben wegen der Fristen zur Zahlung der Zinsen nichts ausgemacht worden, jährlich abzuführen. Vorhinein können sie höchstens auf ein halbes Jahr abgezogen werden. Die über dieses Maß vorhinein abgezogenen Zinsen sind, vom Tage des Abzuges an, vom Capitale abzurechnen.

1) Die Zinsen sind ein Entgelt für die Benützung des Capitals; es ist also natürlich, daß sie, — wenn nichts anderes verabredet worden — bei der Zurückzahlung des Capitals selbst geleistet werden, so wie in ähnlicher Weise auch der Bestandzins erst nach Verlauf der Bestandzeit entrichtet wird (§. 1100).

2) Nur aus Gründen der Billigkeit macht das Gesetz für den Fall eine Ausnahme, wenn der Vertrag auf mehrere Jahre geschlossen worden, und bestimmt, daß die Zinsen jährlich abzuführen seien, weil auch sonst das Vermögen häufig jahrweise (wie bei Grundstücken) seinen Nutzen abwirft.

3) Im übrigen können, wenn die Zinsen verfallen entrichtet werden, beliebige Fristen bedungen werden; anders ist es aber, wenn eine Vorauszahlung der Zinsen stipulirt wird. Auch diese ist im Allgemeinen nicht unstatthaft, wohl aber in gewisser Weise beschränkt. Es dürfen nämlich die Zinsen in vorhinein höchstens auf ein halbes Jahr abgezogen werden, weil sonst dem Anleiher ein zu namhafter Theil des seiner Benützung anheimgegebenen Capitals entginge. Der Ausdruck „abziehen", „Abzug", dessen sich der §. 997 bedient, scheint nur darauf abzuzielen, daß die Zinsen nicht gleich bei der Zuzählung des Darleihens in größerem Maße von der dargeliehenen Summe weggenommen werden, daß also der Anleiher keinen zu großen Abbruch am Capitale erleide; denn bei späteren Zinsenzahlungen kann von keinem Abzuge die Rede sein, da der Gläubiger nichts zu leisten hat, wovon ein solcher Abzug erfolgen sollte. Wir sind daher der Meinung, daß sich bei einem bereits gegebenen Darleihen die Vorauszahlung der Zinsen auch auf längere Zeit, als auf ein halbes Jahr, giltig bedungen werden könne. Hiefür spricht außer dem eben hervorgehobenen Wortlaute des Gesetzes auch die später (Z. 4) noch zu erwähnende Sanction des gedachten Verbotes, dann der Rückblick

auf die frühere Gesetzgebung *), und endlich die Analogie mit dem §. 1102, welcher die Vorauszahlung des Bestandzinses ohne Beschränkung gestattet.

4) Wurden bei der Zuzählung eines Darleihens mehr als halbjährige Zinsen abgezogen, so ist dieses Uebermaß nach dem Schlußsatze des §. 997, vom Tage des Abzuges an, vom Capitale abzurechnen; es ist also nur die, über den halbjährigen Zinsenbetrag wirklich gegebene Summe als Capital zu betrachten **). Wären also bei einem Darleihen von 1000 fl. und einer 5procentigen Verzinsung die Interessen mit 50 fl. für ein ganzes Jahr in vorhinein abgezogen worden, so sind 25 fl. von dem Capitale abzurechnen, und nur 975 fl. als die eigentliche Darleihensschuld zu betrachten, weil nur die 5procentigen Zinsen für ein halbes Jahr mit 25 fl. voraus abgezogen werden dürfen ***). Ein solcher Abzug ist überdem bei Gelddarleihen nach §. 9 des Pat. vom 2. December 1803 als Wucher zu bestrafen.

5) Würde bei einem schon bestehenden Darleihen ein Zinsenbetrag für mehr als ein halbes Jahr in vorhinein entrichtet („abgezogen" wäre hier ein ganz unrichtiger Ausdruck), so dürfte die Folge hiervon nur darin gelegen sein, daß der Gläubiger nunmehr als verpflichtet erscheint, dem Schuldner das Capital so lange zu belassen, bis die Zinsen abverdient sind, wie eben aus dem Begriffe der Zinsen, als eines Entgeltes für den überlassenen Gebrauch des Capitals, hervorgeht †).

---

*) Im römischen Rechte war nämlich nur festgesetzt, daß die Zinsen nicht durch Abzug von der dargeliehenen Summe voraus genommen werden sollen, sondern nur das wirklich Gegebene als Capital zu betrachten sei (const. 26. §. 1. Cod. de usur. [4, 32]). Im Uebrigen war eine Vorausbezahlung der Zinsen ohne Einschränkung gestattet. So heißt es im fr. 56. pr. Dig. de pact. (2, 14): Qui in futurum usuras a debitore acceperit, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat; — und eben so bestimmt das fr. 2. §. 6. Dig. de doli mal. et met. except. (44, 4): Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cujus temporis usuras acceperit, an doli exceptione repellatur? Et potest dici, dolo eum facere; accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse, interim se non petiturum.

**) Vgl. const. 26. §. 1. Cod. de usur. (4, 32).

***) Dr. Blaschke (in dem Aufsatze: einige Bemerkungen über den §. 997 des b. G. B. — Jurist. Bd. 5, S. 441) meint, die eigentliche Darleihensforderung bei einer, das Maß des Erlaubten übersteigenden Vorauszahlung von Zinsen müsse durch eine Proportion ermittelt werden, welche sich, wenn C das verschriebene Capital, n den erlaubten halbjährigen Zinsenabzug und S die wirklich zugezählte Summe bedeutet, in folgender Formel darstellen ließe:

$$C - n : C = S : x.$$

Wir sind jedoch der Ansicht, daß das Gesetz eine so complicirte Berechnung wohl nicht im Auge haben konnte. Der Capitalsbetrag scheint nach demselben immerhin in seiner von den Parteien verabredeten Höhe angenommen werden zu müssen, und das Uebermaß der in vorhinein abgezogenen Zinsen nur als eine Abschlagszahlung von diesem Capitale in Betrachtung zu kommen.

†) Vgl. die oben in der Note * angeführten Pandectenstellen.

§. 998.

Zinsen von Zinsen dürfen nie genommen werden; doch können zweijährige oder noch ältere Zinsenrückstände mittelst Uebereinkommens als ein neues Capital verschrieben werden.

1) Schon im älteren römischen Rechte *) war es verboten, Zinsen von Zinsen zu nehmen, und Justinian wiederholte dieses Verbot mit dem ausdrücklichen Beisatze, daß weder die rückständigen Zinsen zum Capitale geschlagen (anatocismus conjunctus), noch als abgesondertes Capital für sich verzinst werden dürfen (anatocismus separatus) **). Diese Bestimmungen sind nun zum Theile auch in unser b. G. B. übergegangen, welches bestimmt, daß Zinsen von Zinsen nicht genommen werden dürfen, wohl deßhalb, weil mit Grund zu besorgen steht, daß ein solches Befugniß von habsüchtigen Gläubigern, welche kurze Zahlungsfristen vorschreiben, und einen leichtsinnigen Schuldner oder dessen Erben, denen die Schuld vielleicht unbekannt ist, weder gerichtlich noch außergerichtlich einmahnen, zum großen Verderben des Schulders gemißbraucht werden könnte ***). Bei dem allgemeinen Wortlaute der in Frage stehenden Gesetzesstelle muß dieselbe wohl auch von den gesetzlichen Verzugszinsen verstanden werden, so daß dem Gläubiger, wenn der Schuldner mit der Zinsenzahlung im Rückstande bleibt, nur bevorsteht, dieselben sogleich durch die gerichtlichen Zwangsmittel einzutreiben, um sich vor Schaden zu bewahren. Deßhalb bestimmt auch der §. 1333, daß der Schaden, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schuldigen Capitals (nicht auch der Zinsen) zugefügt hat, durch die von dem Gesetze bestimmten Zinsen (die Zögerungszinsen) vergütet werde †).

---

*) .... usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. fr. 26. Dig. de cond. indeb. (12, 6). — Vgl. auch fr. 27. Dig. de re jud. (2, 1.)

**) Const. 28. Cod. de usur. (4, 32): Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum, et totius summae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus, a quibus revera usurarum usurae exigebantur? Hoc certe erat non rebus, sed verbis tantummodo legem ponere. Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere, et eorum iterum usuras stipulari. Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.

***) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 259.

†) Wir können daher der Ansicht Wildner's nicht beipflichten, wenn er meint, das Recht auf Verzugszinsen von eingeklagten Darleihenszinsen überhaupt begründen zu können (Jurist. Bd. 16, S. 227). — Vgl. auch die const. 3. Cod. de usur. rei jud. (7, 54), in welcher Justinian bestimmte, daß die usurae rei judicatae nur von dem ursprünglichen Capital, nicht auch von den abgelaufenen Zinsen desselben (obgleich diese durch das Urtheil die Eigenschaft von Zinsen verloren haben, und mit dem alten Capital zusammen das

2) Dagegen ist allerdings gestattet, zwei- oder mehrjährige Zinsenrückstände durch Uebereinkommen in ein neues Capital zu verwandeln. Ein Zinsbetrag ist übrigens dann rückständig zu nennen, wenn die Verfallzeit desselben eingetreten ist, ohne daß er bezahlt wurde, ohne Unterschied, ob die Zahlung in vorhinein erfolgen sollte oder nicht. Von diesem Zeitpuncte (dem Verfallstage) müssen nun wenigstens zwei Jahre verstrichen sein, wenn die Zinsenschuld in eine Capitalsschuld soll novirt werden können. Hierzu ist eine schriftliche Ausfertigung nothwendig *), was sich wohl daraus erklären läßt, daß das Gesetz bei einem für die Schuldner so gefährlichen Uebereinkommen (s. oben Z. 1) größere Vorsicht angewendet wissen wollte, wie ein Aehnliches auch bei den, nicht durch sogleiche Uebergabe vollzogenen Schenkungen der Fall ist (s. oben S. 126 d. W.).

3) Da vermöge eines Neuerungsvertrages die vorige Hauptverbindlichkeit aufhört (§. 1377) und auch die damit verknüpften Bürgschafts-, Pfand- und anderen Rechte erlöschen (§. 1378), so können auch im vorliegenden Falle die Bestimmungen, welche für die novirte Zinsforderung gegolten haben (wie jene der §§. 1335, 1416, 1480 u. dgl.), auf die neue Capitalsschuld nicht angewendet werden, zumal das im §. 998 erwähnte Uebereinkommen offenbar als ein Neuerungsvertrag (§. 1376) angesehen werden muß.

4) Das Gesetz deutet übrigens klar genug an, daß das hier in Frage stehende Uebereinkommen giltig erst dann geschlossen werden könne, wenn die Zinsen bereits mindestens zwei Jahre rückständig sind, daß es also nicht angehe, schon in vorhinein zu verabreden (wenn dieß auch schriftlich geschähe), daß die Zinsen, sobald sie über zwei Jahre ausständig bleiben sollten, als Capital anzusehen und als solches zu verzinsen seien.

5) Eine gleiche Wirkung, wie dem mehrerwähnten Uebereinkommen, schreibt Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 206) auch einem rechtskräftigen Urtheile zu, durch welches dem Schuldner die Bezahlung der rückständigen Zinsen aufgetragen wird, weil ein solches Urtheil dem Gläubiger einen Titel gibt, den zugesprochenen Betrag als eine besondere Schuld zu fordern **).

---

neue Capital ausmachen, welches durch das Urtheil begründet ist) zu berechnen seien (Puchta a. a. O. S. 342, Note *).

*) Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 42) und Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 205) meinen zwar, daß der Ausdruck „verschreiben" nicht buchstäblich zu nehmen sei; allein die Gründe, welche sie für diese Behauptung anführen, scheinen uns nicht überzeugend; denn der §. 883, welcher bestimmt, daß die Verschiedenheit der Form bei Verträgen in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied begründe, enthält ausdrücklich den Beisatz: „außer den im Gesetze bestimmten Fällen", deutet also selbst an, daß es von jener Regel auch Ausnahmen gebe; der Umstand aber, daß zur Abschließung des Darleihens selbst eine schriftliche Ausfertigung nicht gefordert werde, ist deßhalb nicht entscheidend, weil das hier in Frage stehende Uebereinkommen weit verderblicher werden kann, als die Eingehung eines Darleihens überhaupt.

**) Vergl. auch den Aufsatz desselben Verfassers von der Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils in Beziehung auf das materielle Recht; in der Zeitsch. für österr. Rechtsgel. 1843, I. S. 318.

6) Wenn bei einem Gelddarleihen Zinsen von Zinsen bezogen werden, so ist dieß nach §. 9 des Pat. vom 2. December 1803 als Wucher in Zinsen anzusehen.

§. 999.

Zinsen von Gelddarleihen sind in der nämlichen Währung (Valuta), wie das Capital selbst, zu entrichten.

1) Es ist schon oben (S. 177) bemerkt worden, daß es in dem Belieben der Parteien steht, sich bei einem Darleihen was immer für ein Entgelt für den überlassenen Gebrauch des Capitals zu bedingen, wofern nur dadurch das Maß der erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten wird (§. 993). Hätten jedoch die Parteien nichts darüber verabredet, so scheint es der Sprachgebrauch mit sich zu bringen, daß die Zinsen in Sachen der nämlichen Gattung, wie das Capital selbst, entrichtet werden*). Dasselbe hat auch von den gesetzlichen Zinsen zu gelten.

2) Bei Gelddarleihen ist die Willkür der Parteien dahin beschränkt, daß die Zinsen nicht nur in Geld, sondern sogar in der nämlichen Währung, wie das Capital selbst entrichtet werden müssen. Es ist also nicht gestattet, bei solchen Darleihen statt der Zinsen den Genuß des zur Hypothek verschriebenen Grundstückes, oder die jährliche Abgabe einer bestimmten Quantität von Naturalien zu bedingen (Hofd. vom 24. December 1816, Nr. 1305 der J. G. S.); ja wenn die Hauptschuld nach dem Gesetze oder Vertrage in einer bestimmten Geldsorte (z. B. in Dukaten) bezahlt werden muß, so kommen nach dem Hofd. vom 27. December 1811, Nr. 965 der J. G. S. auch die Zinsen in eben dieser Münzsorte zu entrichten.

3) Wurde ein Gelddarleihen in öffentlichen Obligationen gegeben, so können die Zinsen nur von dem Betrage gefordert werden, den die öffentliche Obligation nach ihrem Courswerthe zur Zeit des Darleihens hatte (§. 990 und Hofd. vom 20. Mai 1808, Nr. 842 der J. G. S.) und zwar in klingender Münze (s. oben S. 184), abgesehen, versteht sich von einem Zwangscurse des Papiergeldes. — Wäre dagegen ein eigentliches Darleihen in öffentlichen Schuldscheinen vorhanden, so daß die Rückzahlung in gleichen öffentlichen Obligationen erfolgen muß (s. oben S. 192 d. W.), so sollten auch die Zinsen in derlei Obligationen geleistet werden, und nur wenn dieß wegen des geringen Betrages der Zinsen nicht möglich wäre, müßten diese in Geld, als dem allgemeinen Tauschmittel, abgestattet werden.

§. 1000.

Wie ein in Absicht auf das Capital oder das erlaubte Zinsenmaß verübter Wucher zu behandeln sei, bestimmt das besonders bestehende Wuchergesetz.

---

*) Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamenta usurarum ejusdem materiae suasit admitti. const. 23. Cod. de usur. (4, 32.)

Die österreichische Gesetzgebung hatte es schon frühzeitig für nothwendig erachtet, bei Gelddarleihen ein bestimmtes Zinsenmaß festzusetzen, und überhaupt noch anderweitige Beschränkungen eintreten zu lassen, deren Ueberschreitung für eine strafbare Handlung unter dem Namen des Wuchers erklärt wurde. Eine Zeit lang waren diese Bestimmungen durch das Pat. vom 29. Jänner 1787, Nr. 625 der J. G. S., beseitigt worden, um eine möglichst freie Verwendung der Capitalien zur Unterstützung nützlicher Unternehmungen zu erzielen, und dadurch den Privatcredit zu heben; da jedoch die gemachten Erfahrungen den dießfalls gehegten Erwartungen nicht zu entsprechen schienen, so wurde unter dem 2. December 1803, Nr. 640 der J. G. S., eine neue Vorschrift gegen den Wucher erlassen*), und zugleich im §. 233 des II. Theils des Str. G. B. vom J. 1803 jeder wucherische Vertrag als schwere Polizeiübertretung gegen die Sicherheit des Eigenthums erklärt. Eben so hat der Art. VI. des Kundmach. Pat. zum Str. G. B. vom 27. Mai 1852 die in den verschiedenen Kronländern wider den Wucher bestehenden Strafgesetze aufrecht erhalten, und bestimmt, daß der Wucher als Vergehen behandelt und von denjenigen Behörden, welchen das Verfahren über Vergehen zugewiesen ist, nach den für eben dieses Verfahren bestehenden gesetzlichen Vorschriften untersucht werden soll.

Außer dem Pat. vom 2. December 1803, welches in Tirol durch Hofkzld. vom 12. April 1818 republicirt wurde, besteht noch im lombardisch-venetianischen Königreiche das Decret vom 31. October 1807 gegen den Gewohnheitswucher; in Krakau der Senatsbeschluß vom 16. Juli 1844, Z. 3343, der nahezu mit dem Pat. vom 2. December 1803 übereinstimmt; in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und dem Temeser Banate die Gesetzartikel von 1622, 44; von 1647, 144; von 1715, 51; von 1723, 120 und von 1802, 21; im siebenbürgischen Sachsenlande die Gesetzartikel von 1673, 11; von 1691, 12; von 1695, 11 und von 1774, 14; dann der Punct 3 der Alvinczi'schen Resolution vom 14. Mai 1673 und das Hofrescr. vom 25. Februar 1747, so wie das III. Buch Tit. I, §. 3 und 4 der Statuten des siebenbürgischen Sachsenlandes; endlich in den übrigen Theilen Siebenbürgens das Pat. vom 2. December 1803, welches als Nachtragsverordnung zu dem Strafgesetzbuche vom J. 1803 durch Verordnung vom 13. März 1850 daselbst eingeführt wurde. Nur in Dalmatien besteht derzeit gar kein Wuchergesetz.

§. 1001.

Damit ein Schuldschein über einen Darleihensvertrag einen vollständigen Beweis mache, müssen darin der eigentliche Darleiher oder Gläubiger sowohl als der eigentliche Anleiher oder Schuldner; der Gegenstand und Betrag des Darleihens; und, wenn es in Geld gegeben wird, die Gattung desselben, Form des Schuldscheines.

*) Vergl. Zeiller: über das österreichische Wuchergesetz vom J. 1803 in dessen Beiträgen zur Gesetzkunde, Bd. 2, S. 158 und Bd. 3, S. 1.

wie auch alle auf die Zahlung der Hauptschuld sowohl, als auf die etwa zu entrichtenden Zinsen sich beziehende Bedingungen redlich und deutlich bestimmt werden. Die äußere, zur Beweiskraft nöthige Form einer Schuldurkunde setzt die Gerichtsordnung fest.

1) Ein Darleihensvertrag kann, der allgemeinen Vorschrift des §. 883 zu Folge, sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden. Ist letzteres der Fall, so wird die darüber ausgestellte Urkunde Schuldschein (Schuldurkunde, Schuldverschreibung) genannt. Dieser begründet keine neue Verbindlichkeit, sondern dient nur zum Beweise des abgeschlossenen Vertrages und der daraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten. Der Beweis ist aber überhaupt ein Gegenstand der Gesetze über das gerichtliche Verfahren (der Gerichtsordnungen), und diese bestimmen sowohl die Kraft der einzelnen Beweisarten, als die hierzu erforderlichen Eigenschaften der verschiedenen Beweismittel. So sind denn die entsprechenden Vorschriften über den Beweis durch Urkunden überhaupt, und durch Schuldscheine (als eine Art von Privaturkunden) insbesondere auch in unseren Gerichtsordnungen enthalten, auf welche auch der Schlußsatz des vorstehenden Paragraphen verweist. Nur über den Inhalt des Schuldscheines hat sich unser Gesetzbuch selbst ausgesprochen, die wesentlichen Erfordernisse desselben angedeutet, und die volle Beweiskraft von ihrem Dasein abhängig gemacht. Dieß geschah wohl in der Absicht, auch hierdurch möglichst allfälligen wucherischen Umtrieben zu begegnen.

2) Eine eigenthümliche Bestimmung des römischen Rechts war es, daß die Beweiskraft des über ein Darleihen ausgestellten Schuldscheines durch zwei Jahre gleichsam suspendirt war, so daß der Aussteller entweder der Klage des angeblichen Gläubigers die s. g. exceptio non numeratae pecuniae entgegensetzen, oder mittelst der querela non numeratae pecuniae den Schuldschein zurückfordern, oder mittels einer dem Gegner gemachten schriftlichen oder gerichtlichen Protestation die Wirksamkeit desselben vernichten konnte*). Unsere Gesetzgebung hat aber diese Bestimmung nicht aufgenommen; vielmehr erklärt schon das Pat. vom 1. März 1787, Nr. 636 der J. G. S., und übereinstimmend mit demselben der §. 183 der galiz. und §. 173 der ital. G. O., „daß die Rechtseinwendung der nicht erfolgten Zuzählung des Geldes künftig nicht mehr statt habe, sondern daß ein, mit den in der G. O. vorgeschriebenen Erfordernissen versehener Schuldschein stets wider den Aussteller beweise, folglich dem Gläubiger, als Inhaber des Schuldbriefes, über dessen richtigen Inhalt mehreren Beweis zu führen nicht obliege: wohl aber der Aussteller des Schuldbriefes, wenn er dem Inhalt des Schuldbriefes zu widersprechen vermeint, den Beweis führen müsse, daß die Zuzählung des Geldes nicht erfolgt sei." Auch die neue ungarische und siebenbürgische Civil-Proceß-Ordnung verfügt im §. 119: „gegen einen vorschriftmäßig eingerichteten Schuldschein findet die

---

*) Puchta a. a. O. §. 305, S. 451.

Einwendung der nicht geschehenen Zuzählung des Darleihens nur in sofern Statt, als sie von dem Aussteller erwiesen wird." Die Vorsicht räth daher dem Anleiher, die Schuldurkunde nicht eher aus den Händen zu geben, als bis er die Darleihensvaluta zugezählt erhalten hat.

Zweiundzwanzigstes Hauptstück.

Von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung.

§. 1002.

Der Vertrag, wodurch Jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag. Bevollmächtigungsvertrag.

1) Zum Wesen des Bevollmächtigungsvertrages gehört die Ertheilung eines Auftrages von der einen und die Annahme desselben von der andern Seite (§. 861). Verschieden hiervon ist eine bloße Empfehlung oder Anpreisung, die Ertheilung eines Rathes (vgl. §. 1300) oder eines Befehles, worüber anderswo die entsprechenden Bestimmungen vorkommen. Welches Rechtsverhältniß aus der Besorgung fremder Geschäfte ohne Auftrag entsteht, ist in den §§. 1035—1040 enthalten.

2) Gegenstand des Auftrages ist die Besorgung fremder Geschäfte, d. i. die Vornahme von Handlungen, durch welche nach der Absicht des Handelnden Rechte begründet, umgeändert oder aufgehoben werden sollen (vgl. Bd. I. S. 77 d. W.). Hierdurch unterscheidet sich die Bevollmächtigung von andern Verträgen, welche nicht die Eingehung von Rechtsgeschäften, sondern z. B. die Verwahrung einer fremden Sache (§. 957), oder die Leistung von Arbeiten (§. 1151) u. dgl. zum Gegenstande haben. Immerhin kann aber auch dem, aus einem andern Vertrage Verpflichteten (z. B. dem Verwahrer, dem Bestandnehmer u. s. w.) zugleich die Besorgung gewisser Geschäfte übertragen werden, und dann ist er in dieser Beziehung als ein Gewalthaber anzusehen (vgl. §. 960). Das zur Vollführung übernommene Geschäft muß jedenfalls ein erlaubtes sein (§. 878) *); im Uebrigen findet nur in sofern eine Beschränkung statt, als die Besorgung gewisser Geschäfte besonders dazu bestimmten Personen (z. B. den Advocaten, Agenten, Notaren, Sensalen u. dgl.) ausschließend zugewiesen ist.

---

*) Rei turpis nullum mandatum est, et ideo hac actione [mandati] non agetur. fr. 6. §. 3. Dig. mand. vel contr. (17, 1). — Vergl. auch fr. 22. §. 6. ibid.

3) Die Besorgung des aufgetragenen Geschäftes muß im Namen des Auftragenden (des Andern, wie sich der Paragraph ausdrückt), und nicht im eigenen Namen des Handelnden erfolgen. Hieraus, sowie aus den Bestimmungen des §. 1009, scheint denn auch hervorzugehen, daß das zu besorgende Geschäft unmittelbar oder mittelbar den Vortheil des Gewaltgebers bezwecken müsse, daß daher nach österreichischem, wie nach römischem Rechte*), ein Auftrag, der bloß zum Vortheile des Beauftragten gereichen soll, kein Vollmachtsverhältniß begründe und höchstens als ein unverbindlicher Rathschlag angesehen werden könne**).

4) Die bei der Bevollmächtigung intervenirenden Personen heißen, und zwar diejenige, welche den Auftrag ertheilt, Gewaltgeber, Machtgeber (mandans), jene aber, welche den Auftrag übernimmt, Gewalthaber, Machthaber, Bevollmächtigter (mandatarius, auch procurator).

§. 1003.

Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden, sind schuldig, über einen darauf sich beziehenden Auftrag ohne Zögerung gegen den Auftragenden sich ausdrücklich zu erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht; widrigen Falls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlaßten Nachtheil verantwortlich.

1) In der Regel steht es in der Willkür eines Jeden, ob er die Bevollmächtigung annehmen wolle, oder nicht, und in wie fern das Stillschweigen über einen gewordenen Auftrag als eine Annahme oder als eine Ablehnung anzusehen sei, müßte nach den Grundsätzen über die stillschweigende Willenserklärung überhaupt (s. oben S. 12 d. W.) beurtheilt werden. Selbst eine Verpflichtung, sich gegen den Auftragenden über die Annahme oder Nichtannahme seines Auftrages zu erklären, kann im Allgemeinen nicht zugegeben werden.

2) Eine Ausnahme hiervon tritt bei jenen Personen ein, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt sind, wie die Advocaten, Agenten, Notare, Sensale u. dgl. Diese dürfen in der Regel ohne gegründete Ursache die Vertretung, um welche sie angegangen werden, nicht verweigern***), jedenfalls müssen sie sich aber ohne Zögerung (d. h. wohl nach

---

*) Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. fr. 2. pr. Dig. ibid.

**) Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti sic mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel diverso ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur. fr. 2. §. 6. Dig. ibid.

***) Vgl. z. B. das Hofd. v. 15. Septbr. 1783, Nr. 187 der J. G. S., in Ansehung der Advocaten.

§. 904 ohne unnöthigen Aufschub) gegen den Auftragenden, und zwar ausdrücklich erklären, ob sie die Bevollmächtigung annehmen, oder nicht. Würden sie diese Erklärung unterlassen, und dadurch dem Auftragenden ein, natürlich von ihm zu erweisender (§. 1296) Nachtheil zugehen, so sind sie zwar nicht verpflichtet, die Führung des in Frage stehenden Geschäftes zu übernehmen, wohl aber haben sie dem Beschädigten den durch ihre Versäumniß entstandenen Schaden zu ersetzen.

§. 1004.

Eintheilung der Bevollmächtigung in eine unentgeltliche oder entgeltliche;

Wird für die Besorgung eines fremden Geschäftes entweder ausdrücklich, oder nach dem Stande des Geschäftsträgers auch nur stillschweigend eine Belohnung bedungen; so gehört der Vertrag zu den entgeltlichen, außerdem aber zu den unentgeltlichen.

1) Nach römischem Rechte gehört es zum Wesen des Bevollmächtigungsvertrages, daß die Uebernahme der Geschäfte unentgeltlich erfolge*). Unser Gesetzbuch ist diesem Principe nur in so fern treu geblieben, daß eine Belohnung insbesondere bedungen werden muß, außerdem aber der Vertrag zu den unentgeltlichen gehört.

2) Ein Entgelt kann aber nicht nur dann gefordert werden, wenn es ausdrücklich zugesichert worden ist, sondern es wird auch angenommen, daß der Gewaltgeber stillschweigend in die Verabreichung eines Lohnes eingewilliget habe (vgl. §§. 1152 u. 1163), wenn der Geschäftsträger einem Stande angehört, dessen Mitglieder in der (entgeltlichen) Besorgung fremder Geschäfte ihren Erwerb finden**).

3) Ist zwar eine Belohnung (ausdrücklich oder stillschweigend) bedungen, der Betrag derselben aber nicht festgesetzt worden, so muß derselbe, wenn er auch im Gesetze nicht bestimmt erscheint (wie z. B. die Sensarie), durch den Richter festgesetzt werden (Analogie aus §. 1152).

---

*) Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium porro est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. fr. 1. §. 4. Dig. l. c.

**) Dieß ist z. B. bei Advocaten, Agenten, Notaren, Sensalen der Fall. In einem besonders ausgedehnten Sinne nimmt Dr. L. Bremser (in seinem Aufsatze: Ist ein Hausadministrator nach dem Gesetze berechtigt, für seine Mühe eine Belohnung anzusprechen, wenn selbe auch nicht ausdrücklich bedungen wurde? — Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1848, I. S. 104) den Ausdruck „Stand" als gleichbedeutend mit jedem privatrechtlichen Verhältnisse, in welchem Jemand durch Uebernahme eines weit (?) ausgedehnten Geschäftes für einen Andern in eine bestimmte, mit einem besonderen Namen bezeichnete Classe von Individuen eintritt. Der Verfasser meint deßhalb die an die Spitze seines Aufsatzes gestellte Frage bejahen zu müssen. Uns scheint es aber weder dem gesetzlichen noch dem gemeinen Sprachgebrauche angemessen, von einem „Stande von Hausadministratoren" zu sprechen. Wir stimmen also vielmehr der verneinenden Ansicht bei, welche auch die Gerichte in dem, von dem Verfasser dargestellten Rechtsfalle theilten.

4) Wird Jemandem für die Besorgung eines Geschäftes, ohne daß es früher (ausdrücklich oder stillschweigend) bedungen war, ein Vortheil zugewendet, so entsteht eine s. g. remuneratorische Schenkung (vgl. §. 940 und oben S. 124 d. W.).

§. 1005.

mündliche oder schriftliche;

Bevollmächtigungs-Verträge können mündlich oder schriftlich geschlossen werden. Die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt.

1) Bevollmächtigungsverträge können nach der allgemeinen Regel des §. 883 sowohl mündlich als schriftlich, gerichtlich oder außergerichtlich, und nach §. 863 auch stillschweigend abgeschlossen werden*).

2) Ausnahmsweise ist eine schriftliche Ausfertigung (z. B. bei den Vollmachten der Advocaten) erforderlich, die in gewissen Fällen (z. B. wenn es sich um die Behebung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses in gewissen auswärtigen Staaten handelt) noch mit besonderen Förmlichkeiten versehen sein muß.

§. 1006.

allgemeine oder besondere;

Es gibt allgemeine und besondere Vollmachten, je nachdem Jemanden die Besorgung aller oder nur einiger Geschäfte anvertraut wird. Die besonderen Vollmachten können bloß gerichtliche oder bloß außergerichtliche Geschäfte überhaupt, oder sie können einzelne Angelegenheiten der einen oder der anderen Gattung zum Gegenstande haben.

Wird Jemandem die Besorgung aller Geschäfte aufgetragen, so wird die Vollmacht eine allgemeine (Generalmandat) genannt. Im Gegentheile heißt sie eine besondere (Specialmandat). Diese läßt wieder mehrere Abstufungen zu, je nachdem sie nämlich auf eine bestimmte Gattung von Geschäften, oder nur auf ein einzelnes Geschäft lautet (vgl. §. 1008).

§. 1007.

unumschränkte oder beschränkte.

Vollmachten werden entweder mit unumschränkter oder mit beschränkter Freiheit zu handeln ertheilt. Durch die erstere wird der Gewalthaber berechtiget, das Geschäft nach seinem besten Wissen und Gewissen zu leiten; durch die letzteren aber werden ihm die Gränzen, wie weit, und die Art, wie er dasselbe betreiben soll, vorgeschrieben.

Sowohl die allgemeine als die besondere Vollmacht kann wieder eine beschränkte oder unbeschränkte sein (mandatum incertum und certum).

---

*) Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor, et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio. fr. 6. §. 2. Dig. l. c. — Vergl. auch fr. 18. ibd.

Die Beschränkung kann entweder die Gränzen vorschreiben, wie weit der Gewalthaber in der Besorgung des Geschäftes gehen darf (z. B. wenn der Preis bestimmt wird, über welchen der Bevollmächtigte bei dem Ankaufe einer Sache nicht hinausgehen soll), oder die Art, wie dasselbe betrieben werden soll, bezeichnen (wenn z. B. die Veräußerung eines Gutes nur im Wege der öffentlichen Feilbietung vorgenommen werden soll).

§. 1008.

Folgende Geschäfte: wenn im Namen eines Anderen Sachen veräußert, oder entgeltlich übernommen; Anleihen oder Darleihen geschlossen; Geld- oder Geldeswerth erhoben; Processe anhängig gemacht; Eide aufgetragen, angenommen oder zurück geschoben, oder Vergleiche getroffen werden sollen; erfordern eine besondere, auf diese Gattungen der Geschäfte lautende Vollmacht. Wenn aber eine Erbschaft unbedingt angenommen oder ausgeschlagen; Gesellschafts-Verträge errichtet; Schenkungen gemacht, das Befugniß, einen Schiedsrichter zu wählen, eingeräumt, oder Rechte unentgeltlich aufgegeben werden sollen; so ist eine besondere, auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht nothwendig. Allgemeine, selbst unbeschränkte Vollmachten sind in diesen Fällen nur hinreichend, wenn die Gattung des Geschäftes in der Vollmacht ausgedrückt worden ist.

1) In dem vorstehenden Paragraphe hebt das Gesetz eine Reihe von Geschäften hervor, welche entweder ein besonderes Vertrauen von Seite des Gewaltgebers voraussetzen, oder diesem leicht zu großem Nachtheile gereichen können. Hinsichtlich derselben genügt es also nicht an einer allgemeinen, wenn gleich unbeschränkten Vollmacht, wofern in derselben nicht zum Mindesten die Gattung des betreffenden Geschäftes (z. B. die Abschließung von Vergleichen) ausdrücklich erwähnt ist, zum Zeichen, daß dem Gewaltgeber ein solcher Fall auch wirklich vorgeschwebt habe. Außerdem ist zur Besorgung der genannten Geschäfte eine besondere Vollmacht erforderlich, welche bei einigen auf die Gattung der bezüglichen Geschäfte, bei anderen noch wichtigeren aber gar auf das einzelne Geschäft (z. B. auf die Ausschlagung der Erbschaft des Cajus) ausgestellt sein muß.

2) Die zur Eingehung einer Ehe ausgestellte Vollmacht muß die Person, mit welcher die Verehelichung beabsichtiget wird, hinreichend bestimmen (§. 20 des Anh. I. und §. 50 des Anh. II. zum k. Pat. v. 8. Octbr. 1856, Nr. 185 des R. G. Bl.).

§. 1009.

Der Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft, seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß, emsig und redlich zu besorgen, und allen aus dem Geschäfte entspringen- Rechte und Verbindlichkeiten des Gewalthabers.

den Nutzen dem Machtgeber zu überlassen. Er ist, ob er gleich eine beschränkte Vollmacht hat, berechtiget, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes nothwendig verbunden, oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäß sind. Ueberschreitet er aber die Gränzen der Vollmacht; so haftet er für die Folgen.

1) Aus der Bevollmächtigung entsteht ein doppeltes Rechtsverhältniß: a) zwischen dem Machtgeber und Machthaber, wovon die §§. 1009—1016 und b) rücksichtlich dritter Personen, wovon die §§. 1017—1019 handeln.

2) In der ersteren Beziehung ist der Gewalthaber verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß zu besorgen. Hinsichtlich der hierbei anzuwendenden Mittel hat er sich im Allgemeinen an die Vorschrift des Machtgebers zu halten. In deren Ermanglung entscheidet die Natur des Geschäftes, und die erklärte Absicht des Gewaltgebers. Doch wird überhaupt angenommen, daß Alles, was zur Vollführung des Geschäftes als nothwendig erscheint, dem Machthaber gestattet sei, weil derjenige, der einen bestimmten Zweck anstrebt, vernünftiger Weise auch in die zur Erreichung desselben nothwendigen Mittel eingewilliget haben muß; und es scheint hierbei keinen Unterschied zu machen, ob zur Anwendung solcher Mittel (z. B. zur Einbringung einer Klage) sonst nach §. 1008 eine besondere Vollmacht erforderlich ist oder nicht *).

3) Der Gewalthaber muß sich weiter innerhalb der Gränzen der ihm ertheilten Vollmacht halten. Ueberschreitet er diese, so wird der Gewaltgeber hierdurch nicht verbunden (§. 1016)**). Der Bevollmächtigte erscheint also (in Ansehung des Uebermaßes) als Geschäftsführer ohne Auftrag, und haftet demnach für die Folgen seiner Handlung. Wohl aber kann der Gewaltgeber hinterher das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend dadurch genehmigen (ratihabiren), daß er sich den aus demselben entstandenen Vortheil zuwendet (§. 1016) ***).

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 283.

**) Quodsi pretium statui, tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id, quod excedit, remittere; namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse. — Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat. Quae sententia sane benignior est. — Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid facere videtur. fr. 3. §. ult. fr. 4. fr. 5 pr. Dig. l. c.

***) Selbst dieses Recht der Genehmigung setzt aber voraus, daß der Machthaber, wenn gleich mit Ueberschreitung der Gränzen seiner Vollmacht, denn doch im Namen des Machtgebers gehandelt habe. Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn der Bevollmächtigte das ihm aufgetragene Geschäft mit gänzlicher Beseitigung des Mandates, also entweder im eigenen Namen, oder für einen Anderen als den Machtgeber, besorgte. Hier kann dem Letzteren kein Ratihabitionsrecht zugesprochen werden. Wohl aber wäre er befugt, von dem Machthaber den Ersatz des Schadens zu begehren, welcher

4) Ingleichen ist der Machthaber verpflichtet, das Geschäft emsig und redlich zu besorgen, d. h. bei der Vollführung desselben den gehörigen Fleiß anzuwenden und nur das Interesse seines Machtgebers dabei im Auge zu behalten. Er wird also verantwortlich, wenn er jenen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann, unterläßt (§. 1297) *), und wofern die Ausführung des Geschäftes eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, hat er auch den Mangel der einen wie des andern zu vertreten (§. 1299). Insbesondere würde er dann in Haftungsanspruch genommen werden können, wenn er ohne vorher gegangene Aufkündigung sich der übernommenen Geschäftsführung entlediget, dem ihm ertheilten Auftrage, ungeachtet es möglich war, nicht nachkommt**), ja selbst im Falle der Unaus-

---

ihm durch die gänzliche Nichtachtung der ertheilten Vollmacht zugefügt worden ist; und zwar wäre hier der Anspruch auf volle Genugthuung (nach §. 1324) begründet, weil der Machthaber mit Arglist gehandelt hat. — Vergl. den von Dr. Fr. Fischer in der Zeitschrift f. österr. Rechtsgel. 1826, II. S. 119 dargestellten Rechtsfall. F. hatte sich an seinen Schwiegervater B. mit dem Ersuchen gewendet, das Haus des N. für ihn zu kaufen, wenn es um 20,000 fl. oder darunter zu haben sein sollte, und B. sich zur Uebernahme dieser Vollmacht bereit erklärt. Später kaufte B. das Haus des N. für sich selbst um 21,000 fl. — Der Verf. ist nun der, wie wir glauben, vollkommen richtigen Ansicht, daß F. zwar kein Recht habe, zu begehren, daß ihm der Gewalthaber B. das im eigenen Namen erkaufte Haus abtrete, daß er jedoch befugt sei, gegen denselben auf volle Genugthuung zu klagen. — Hiermit stimmt auch das römische Recht überein. Si servus tuas — heißt es im fr. 13. Dig. de prec. (43, 26) — tuo mandato precario rogaverit, vel ratum habueris, quod ille rogavit tuo nomine, teneberis, quasi precario habeas. Sed si te ignorante suo nomine vel servus vel filius rogaverit, non videris tu precario habere, sed illi erit actio de peculio vel de in rem verso. — Vgl. auch fr. 6. §§. 6 et 9. Dig. de negot. gest. (3, 5). — In gleichem Sinne wäre unseres Erachtens auch der von Heinr. Heyßler in der allg. österr. Ger. Ztg. (J. 1852, Nr. 105) erzählte Rechtsfall zu entscheiden. Eine Bauersfrau A. ersuchte eine andere Bäuerin B., zum Lottoboten zu gehen und demselben 10 kr.. welche ihr die A. gleichzeitig einhändigte, mit dem Auftrage zu übergeben, er möge von diesen 10 Kreuzern 8 kr. für die A. auf bestimmte, ihm bezeichnete Nummern setzen und die übrigbleibenden 2 kr. als Botenlohn behalten. Die B. beschloß nun, auf eigene Rechnung einen Zusatz zu dem Einsatze der A. zu machen und da sie kein Geld bei sich hatte, beauftragte sie den Lottoboten, welchem sie die 10 kr. der A. übergab, diese ganze Summe auf die bezeichneten Zahlen zu setzen, wogegen sie ihm den Botenlohn pr. 2 kr. nachträglich zu entrichten versprach. Der Einsatz erfolgte wirklich auf diese Weise, und es entfiel auf denselben ein Gewinn von 254 fl. — Es fragte sich nun, ob die A. den höheren Einsatz ratihabiren, und somit den ganzen Gewinn für sich in Anspruch nehmen, oder ob sie nur jenen Theil desselben begehren könne, der auf einen Einsatz von 8 kr. entfiel. Wir meinen das Letztere.

*) Nach römischem Rechte hat der Bevollmächtigte omnem culpam zu prästiren. A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. const. 13. Cod. mand. vel contr. (4, 35). — S. auch const. 21 ibd.

**) Anna J. war Satzgläubigerin rücksichtlich eines 2do loco auf dem Hause des N. versicherten Capitales von 30,000 fl. — N. verfiel in Concurs. Sein Haus wurde daher gerichtlich feilgeboten, und zwar um den Schätzungswerth von 38,000 fl. Am Tage der Feilbietung gab Anna J. dem E. den Auftrag, bei

führbarkeit des aufgetragenen Geschäftes innerhalb der Gränzen der Vollmacht den Gewaltgeber nicht davon in Kenntniß setzt, sondern ohne weiters von der Geschäftsführung absteht *).

5) Der Gewalthaber muß endlich allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber überlassen; er darf sich hiervon nichts aneignen **), wenn derselbe gleich außer der Berechnung des Mandanten lag; hätte Letzterer z. B. dem Bevollmächtigten aufgetragen, Jemandem ein unverzinsliches Darleihen zu geben, dieser aber nichtsdestoweniger Zinsen bezogen, so müßte er sie dem Mandanten herausgeben ***). Für das, was der Gewalthaber eigenmächtig zu seinem Vortheile verwendet, haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen über den Schadenersatz †).

§. 1010.

Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Noth einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich, so verantwortet er nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden.

1) Nach römischem Rechte ist der Mandatar in der Regel befugt, einen Andern zu substituiren, und haftet dann nur für ein, bei der Auswahl

---

dieser Feilbietung in ihrem Namen als Käufer einzuschreiten und bis 67,000 fl. mitzubieten. E. nahm diesen Auftrag an, steigerte aber nur bis 56,000 fl. mit, so daß ein anderer Käufer das Haus des N. um 56,100 fl. erstand. E. wurde über die von Anna J. gegen ihn erhobene Klage (mit Urtheil des obersten Gerichtshofes v. 10. Mai 1854, Z. 3893) verurtheilt, der Klägerin entweder binnen 6 Monaten das N.'sche Haus um den Preis von 67,000 fl. zu verschaffen, oder ihr jenen Betrag zu ersetzen, der in Folge der N.'schen Cridarepartition auf das Satzcapital der Klägerin von 30,000 fl. sammt Nebengebühren nicht entfallen wird, in so fern Anna J. diesen Betrag bei dem Erlangen eines Meistbotes von 67,000 fl. für das erwähnte Haus erreicht hätte (allg. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 140).

*) Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit, explere se id officium non posse, id ipsum, quum primum poterit, debet mandatori renuntiare, ut is, si velit, alterius opera utatur; quodsi, quum possit renuntiare, cessaverit, quanti mandatoris interest tenebitur; sed si aliqua ex causa non poterit renuntiare, securus erit. fr. 27. §. 2. Dig. l. c.

**) Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. fr. 20. pr. Dig. l. c.

***) fr. 10. §. 8. Dig. l. c.

†) Wir können demnach der Ansicht Nippel's nicht beipflichten, wenn er (Erläut. Bd. 7, S. 77) behauptet, daß der Machthaber die eingegangenen Zahlungen, wenn er sie zu seinem Nutzen verwendete, mit 6 pCt. verzinsen müsse, sondern es scheint uns aus §§. 1333 und 995 nur die Pflicht zu einer 4procentigen Verzinsung zu folgen. So heißt es auch im §. 3. fr. 10. Dig. l. c.: Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora usuras utique mihi pendet.

seines Stellvertreters begangenes Verschulden *). Unser Gesetzbuch ist dagegen von der Ansicht ausgegangen, daß die Bevollmächtigung auf dem persönlichen Vertrauen beruhe; es gestattet daher dem Machthaber die Bestellung eines Substituten nur dann, wenn ihm dieß in der Vollmacht ausdrücklich zugestanden wurde, oder wenn ihn die Umstände, z. B. eine ihm zugestoßene Krankheit, dazu nöthigen (§. 1009).

2) Tritt einer dieser beiden Fälle ein, so hat der Machthaber nur für ein bei der Auswahl des Substituten eingetretenes Verschulden zu haften. Außerdem trägt er die Verantwortung für jeden (also auch zufälligen) Schaden, den er durch die Substitution dem Mandanten zugezogen hat (vgl. §§. 1295 und 1311).

3) Der Machtgeber kann sich rücksichtlich seines Ersatzanspruches nur an den ursprünglichen Bevollmächtigten, nicht an den Substituten desselben halten, weil er mit Letzterem in gar keinem obligatorischen Verhältnisse steht **). Eine Ausnahme träte nur dann ein, wenn der Machtgeber die Substitution genehmiget, und dadurch zu dem Substituten selbst in ein unmittelbares Verhältniß tritt, oder wenn er sich die allfälligen Ersatzansprüche seines Mandatars cediren läßt; endlich wenn der Substitut wissentlich sich in das fremde Geschäft eingelassen hat, in welchem Falle er nach §. 1035 belangt werden kann ***).

4) In wie fern der Machthaber einen Ersatzanspruch gegen den Substituten geltend machen könne, ist nach dem zwischen ihnen obwaltenden Verhältnisse zu beurtheilen.

§. 1011.

Wird mehreren Bevollmächtigten zugleich ein Geschäft aufgetragen; so ist die Mitwirkung Aller zur Gültigkeit des Geschäftes und Verpflichtung des Machtgebers nothwendig, wenn nicht ausdrücklich Einem oder Mehreren aus ihnen die volle Befugniß in der Vollmacht ertheilt worden ist.

Hat Jemand ein Geschäft Mehreren zur gemeinschaftlichen Besorgung aufgetragen, so ist die Mitwirkung Aller dazu erforderlich, weil der Machtgeber eben durch die Aufstellung mehrerer Mandatare seinen Willen zu erkennen gegeben hat, daß das Geschäft nur von Allen zugleich besorgt werde; doch dürfte unter ihnen die Mehrheit der Stimmen (nach §. 838) entscheiden.

§. 1012.

Der Gewalthaber ist schuldig, dem Machtgeber den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen, und die bei

*) fr. 8. §. 3. Dig. l. c. und fr. 21. §. ult. Dig. de negot. gest. (3, 5).

**) fr. 28. Dig. de negot. (3, 5).

***) Auf dieses Maß scheint uns die etwas zu allgemein lautende Behauptung Winiwarter's (bürg. Recht, Bd. 4, S. 220) zurückgeführt werden zu müssen: daß der Substitut ohne Weiteres als ein Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen sei (vgl. Nippel's Erläut. Bd. 7, S. 80).

dem Geschäfte vorkommenden Rechnungen, so oft dieser es verlangt, vorzulegen.

1) Die in dem vorstehenden Paragraphe ausgesprochene Verpflichtung des Schadenersatzes gründet sich auf die von dem Machthaber übernommene Verbindlichkeit, die Geschäfte seines Machtgebers emsig und redlich zu besorgen (§. 1009); die Art des Schadenersatzes aber muß nach den allgemeinen Vorschriften der §§. 1323 und 1324 beurtheilt werden*).

2) Die Einsicht der Rechnungen stellt sich als ein nothwendiges Mittel dar, um den Gang der Geschäftsführung zu überwachen; die Legung derselben kann daher von dem Gewalthaber jederzeit, und zwar ohne unnöthigen Aufschub (§. 904) gefordert werden**).

§. 1013.

Gewalthaber sind, außer dem im §. 1004 enthaltenen Falle, nicht befugt, ihrer Bemühung wegen eine Belohnung zu fordern. Es ist ihnen nicht erlaubt, ohne Willen des Machtgebers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten Geschenke anzunehmen. Die erhaltenen werden zur Armen-Casse eingezogen.

1) Das Gesetz untersagt dem Bevollmächtigten, ohne Willen des Machtgebers in Rücksicht auf seine Geschäftsverwaltung Geschenke von einem Dritten anzunehmen, mag dieß diejenige Partie sein, mit welcher das Geschäft im Namen des Mandanten abgeschlossen werden sollte, oder mag es sich um einen Dritten im engeren Sinne handeln, weil gar leicht das Bedenken einer unredlichen Gebarung hieraus entstehen kann, für den Fall aber, als eine solche Besorgniß nicht eintritt, der Machtgeber auch keinen Anstand nehmen wird, seine Einwilligung zu ertheilen.

2) Der Entwurf zu unserm a. b. G. B. (§. 115, III. Thl.) verfügte, daß es den Gewalthabern nicht erlaubt sei, Geschenke ohne Wissen und Willen des Machtgebers anzunehmen oder zu behalten. Das Gesetzbuch geht noch um einen Schritt weiter und verhängt sogar die Einziehung des empfangenen Geschenkes zur Armen-Casse. Doch scheint eben aus der Vergleichung mit dem Entwurfe hervorzugehen, daß diese Einziehung nicht von Amtswegen, sondern nur dann Statt finden kann, wenn sie der Machtgeber verlangt, weil es ihm ja gewiß freisteht, durch seine nachträgliche Einwilligung jeden weiteren Anstand zu beseitigen***).

---

*) Sie kann sich daher allerdings auch auf die Leistung der vollen Genugthuung erstrecken. Vgl den in Nr. 37 des J. 1855 der allg. österr. Ger. Ztg. dargestellten Rechtsfall.

**) Idem Labeo ait, et verum est, reputationes quoque hoc judicium admittere. fr. 10. §. 9. Dig. l. c.

***) Es scheint daher unrichtig, wenn Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 222) behauptet, der Richter müsse die Einziehung des Geschenkes verfügen, wenn er durch die Anzeige des Machtgebers oder aus Veranlassung einer anderen Verhandlung von einer solchen Geschenkannahme Kenntniß erhält.

3) Die Einziehung des Geschenkes dürfte nach der Analogie des §. 104 des Str. G. B. zur Armen-Casse des Ortes erfolgen, wo die Geschenkannahme Statt gefunden hat, also die unerlaubte Handlung begangen wurde.

§. 1014.

Der Gewaltgeber ist verbunden, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten; er muß ferner allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten. des Gewaltgebers;

§. 1015.

Leidet der Gewalthaber bei der Geschäftsführung nur zufälliger Weise Schaden; so kann er in dem Falle, daß er das Geschäft unentgeltlich zu besorgen übernahm, einen solchen Betrag fordern, welcher ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe gebührt haben würde.

1) Da sich der Machthaber nur zur Leistung seiner Bemühung, nicht aber auch zur Verwendung seines Vermögens verpflichtet, so kann er, wofern die Besorgung des übernommenen Geschäftes mit Auslagen verbunden ist, zur Bestreitung derselben einen angemessenen Vorschuß von dem Gewaltgeber verlangen, und wenn ihm dieser nicht geleistet würde, sogar den ihm ertheilten Auftrag unerfüllt lassen, ohne daß ihn deßhalb eine Verantwortlichkeit träfe.

2) Hat er den Aufwand aus Eigenem bestritten, so ist er nicht nur berechtigt, den Ersatz desselben zu begehren, sondern er kann auch, wenn ihm ungeachtet seines Verlangens kein Vorschuß gegeben wurde, die vierprocentigen Zinsen (§§. 994 und 1333) von dem ausgelegten Betrage in Anspruch nehmen*). Der Umstand, ob der Zweck des Mandates (z. B. der Ankauf eines Gutes) erreicht wurde oder nicht, übt hier keinen Einfluß, wenn nur der gemachte Aufwand (z. B. für eine unternommene Reise) zur Zeit seiner Verwendung nothwendig oder nützlich war**).

3) Hat der Mandatar bei Ausrichtung des Geschäftes einen Schaden gelitten, ist er z. B. auf der für den Mandanten unternommenen Reise beraubt, oder von einem bösartigen Thiere, das ihm zum Verkaufe übergeben

*) ... Si quid ... mandaveris, et in id sumtum fecero, non tantum id, quod impendi, verum usuras quoque consequar. fr. 12. §. 9. Dig. l. c.

**) Sumtus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est. fr. 56. §. 4. Dig. l. c.

wurde, beschädiget, so gebührt ihm schon nach dem allgemeinen Grundsatze des §. 1295 der Ersatz dieses Schadens dann, wenn dem Mandanten dießfalls ein Verschulden zur Last fällt, wenn er z. B. um die bösartige Eigenschaft des Thieres gewußt und den Mandatar nicht gehörig gewarnt hätte *). War der Schade ein bloß zufälliger, so müßte ihn nach der Regel des §. 1311 der Gewalthaber tragen. Das Gesetz hielt es jedoch für billig, ihm auch in diesem Falle ein Ersatzrecht zuzusprechen, wenn er das Geschäft unentgeltlich zu besorgen übernahm; doch geht sein Anspruch nie weiter, als der allenfalls durch Sachverständige auszumittelnde höchste Lohn, welcher bei einem entgeltlichen Vertrage für die gehabte Mühewaltung hätte in Anspruch genommen werden können.

§. 1016.

Ueberschreitet der Gewalthaber die Gränzen seiner Vollmacht; so ist der Gewaltgeber nur in so fern verbunden, als er das Geschäft genehmiget, oder den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil sich zuwendet.

1) Es ist schon oben (S. 212) erörtert worden, in wie fern der Gewaltgeber, wenn er die Gränzen der Vollmacht überschreitet, für die daraus hervorgehenden Folgen zu haften habe. Der Machtgeber wird in einem solchen Falle nicht verbunden, wenn er nicht nachträglich einwilliget **).

2) Dieß kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend dadurch geschehen, daß der Mandant den aus dem Geschäfte entspringenden Vortheil sich zuwendet, z. B. das Pferd, das der Mandatar um 120 Ducaten gekauft hat, wiewohl sein Auftrag nur auf 100 Ducaten lautete — übernimmt und benützt.

§. 1017.

in Rücksicht eines Dritten;

In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeit auflegen. Hat er also innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen; so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu. Die dem Gewalthaber ertheilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß.

---

*) ... cum servus, quem mandato meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit; quodsi ego scissem, talem esse servum, nec tibi praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet. fr. 26. §. 7. Dig. l. c.

**) Potest et ab una duntaxat parte mandati judicium dari, nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati judicium non competit, at ei, qui mandavit, adversus eum competit. fr. 41. Dig. l. c.

§. 1018.

Auch in dem Falle, daß der Gewaltgeber einen solchen Gewalthaber, der sich selbst zu verbinden unfähig ist, aufgestellt hat, sind die innerhalb der Gränzen der Vollmacht geschlossenen Geschäfte sowohl für den Gewaltgeber, als für den Dritten verbindlich.

1) Das römische Recht geht bekanntlich von dem Grundsatze aus, daß Rechtsgeschäfte ihre Wirkung nur in Beziehung auf diejenigen Personen äußern, welche sie abgeschlossen haben *). Eine Obligation kann daher, streng genommen, durch einen Repräsentanten gar nicht contrahirt werden; der Bevollmächtigte tritt vielmehr selbst in das Obligationsverhältniß ein; doch geht seine Forderung eben vermöge des zwischen ihm und dem dominus negotii bestehenden Verhältnisses durch eine wirkliche oder fingirte Cession auf diesen über; eben so wurde aus den Geschäften, welche ein Machthaber innerhalb der Gränzen seiner Vollmacht abgeschlossen, dem Gläubiger eine actio utilis gegen den Mandanten zugestanden **). Unser a. b. G. B. ist, wie die meisten neueren Gesetzgebungen, noch weiter gegangen, indem es das Repräsentationsverhältniß auch bei der Eingehung von Rechtsgeschäften im Allgemeinen für zulässig erkennt, und die Bestimmung trifft, daß durch die von dem Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht abgeschlossenen Verträge dem Gewaltgeber unmittelbar Rechte erworben und Verbindlichkeiten auferlegt werden.

2) Der Mandant kann demnach aus dem, durch seinen Bevollmächtigten mit einem Dritten eingegangenen Geschäfte unmittelbar gegen diesen klagbar auftreten, und eben so von ihm belangt werden. Dagegen steht weder dem Machthaber selbst ein Klagerecht gegen den Dritten, noch diesem ein solches gegen ihn zu, vorausgesetzt, daß der Mandatar nicht im eigenen Namen, sondern im Namen seines Gewaltgebers gehandelt hat.

3) Eben deßhalb ist es gleichgiltig, ob der Gewalthaber sich selbst zu verbinden fähig ist, oder nicht. Er tritt gar nicht selbsthandelnd auf, sondern stellt nur die Person des Gewaltgebers vor, auf deren Fähigkeit es allein ankömmt. Immerhin wird aber erforderlich sein, daß der aufgestellte Machthaber eines vernünftigen Wollens fähig sei, weil sonst der mit ihm abgeschlossene Bevollmächtigungsvertrag geradezu ungiltig wäre, und mithin auch dritten Personen gegenüber keine Wirkung hervorbringen könnte ***).

4) Die Repräsentation des Machtgebers durch den Machthaber reicht nur so weit, als die Gränzen der Vollmacht gehen (s. §. 1016); hat also der Mandatar diese Gränzen überschritten, so wird er dadurch nicht nur seinem Mandanten verantwortlich (§. 1009), sondern er haftet

---

*) Puchta, a. a. O. §. 52, S. 78.

**) Ebd. §§. 273, 275 u. 279.

***) Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 226. — Nippel, Erläut., Bd. 7, S. 98.

auch dem Dritten, mit welchem er das Geschäft abgeschlossen hat, in eigener Person.

5) Es geschieht manchmal, daß dem Gewalthaber neben der offenen Vollmacht, durch welche er sich anderen Personen gegenüber als Bevollmächtigter legitimiren soll, noch eine geheime Instruction ertheilt wird, welche seine Befugnisse im Vergleich mit der offenen Vollmacht bald beschränkt, bald erweitert. Diese ist nur für das Verhältniß zwischen dem Mandanten und Mandatar maßgebend, übt aber auf die Rechte dritter Personen, denen sie nicht bekannt geworden, keinen Einfluß. Hat demnach der Mandatar, zwar mit Ueberschreitung der Gränzen der geheimen Vollmacht, aber dem Inhalte der offenen gemäß gehandelt, so macht er sich zwar seinem Mandanten gegenüber verantwortlich, dieser aber kann sich der aus dem Geschäfte hervorgehenden Verbindlichkeit gegen den Dritten nicht entschlagen. Wird die geheime Vollmacht, wenn gleich wider den Willen des Gewaltgebers, von dem Gewalthaber vorgezeigt und dann innerhalb der durch dieselbe erweiterten Gränzen ein Geschäft eingegangen, so geht die geheime Vollmacht dadurch in eine offene über, und das Rechtsverhältniß zwischen dem Dritten und dem Machtgeber ist eben so zu beurtheilen, wie wenn die Vollmacht ursprünglich eine offene gewesen wäre *).

§. 1019.

Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat; so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtiget worden ist, das Recht, gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen.

1) Schon der §. 881 enthält den Grundsatz, daß Niemand für einen Andern ein Versprechen machen und annehmen kann; hat also Jemand einen Andern beauftragt, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, z. B. ihm 100 fl. zu schenken, so erlangt der Dritte dadurch allein noch kein Recht, wenn er auch zufälliger Weise in die Kenntniß der zu seinen Gunsten getroffenen Verabredung gekommen wäre, weil er selbst noch mit Keinem der Paciscenten in einem Vertragsverhältnisse steht (vgl. oben S. 47 und 48 d. W.).

2) Wird er aber sohin durch einen oder den andern Theil von dem zu seinem Vortheile getroffenen Uebereinkommen benachrichtigt, so kann er das zu seinem Gunsten gemachte Versprechen annehmen und dadurch

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 294 u. 296. — Anderer Meinung sind Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 95 und Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 226; doch scheint der von ihnen angeführte Grund nicht stichhältig. Es ist zwar allerdings richtig, daß der Bevollmächtigte, der die ihm ertheilte geheime Vollmacht vorzeigt, in dieser Beziehung die Gränzen seiner Macht überschreitet; allein hieraus folgt nur, daß er dem Gewaltgeber dafür verantwortlich wird. Dagegen kann das Geschäft, welches dem Inhalte der Vollmacht gemäß abgeschlossen wird, nicht ungiltig sein, weil es eben keine Ueberschreitung der vorgezeichneten Gränzen enthält.

ein Recht auf die Erfüllung desselben erlangen. Es steht ihm darnach frei, gegen den Machthaber, so wie gegen den Machtgeber Klage zu führen, und zwar gegen den Ersteren unmittelbar auf Leistung des ihm zugewendeten Vortheils, gegen den Letzteren aber darauf, daß er den Machthaber zur Erfüllung des von ihm angenommenen Auftrages verhalte *).

§. 1020.

Es steht dem Machtgeber frei, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen; doch muß er dem Gewalthaber nicht nur die in der Zwischenzeit gehabten Kosten und den sonst erlittenen Schaden ersetzen, sondern auch einen der Bemühung angemessenen Theil der Belohnung entrichten. Dieses findet auch dann Statt, wenn die Vollendung des Geschäftes durch einen Zufall verhindert worden ist.

Auflösung des Vertrages durch den Widerruf;

1) Obwohl es im Allgemeinen nicht zulässig ist, einseitig von einem Vertrage abzugehen, so hat das Gesetz doch in Ansehung der Bevollmächtigung eine Ausnahme zugestanden, weil sich dieselbe einerseits auf das besondere Vertrauen des Machtgebers gründet, und weil es andererseits nicht rathsam schiene, den Machthaber wider seinen Willen zur Fortsetzung dieses Verhältnisses zu zwingen. Es steht daher dem Machtgeber frei, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen (§. 1020), so wie es in die Willkür des Machthabers gesetzt ist, dieselbe beliebig aufzukünden (§. 1021).

2) Der Widerruf von Seite des Gewaltgebers kann jederzeit geschehen, ohne Unterschied, ob die Bevollmächtigung entgeltlich oder unentgeltlich, ob sie auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen wurde; er wirkt aber erst von dem Momente, als er dem Machthaber bekannt geworden (vgl. §. 1026) **). Die Erklärung des Widerrufs kann übrigens ausdrücklich oder stillschweigend (§. 863) erfolgen; in wie fern aber die Aufstellung eines anderen Bevollmächtigten ***), oder die eigene Besorgung des Geschäftes durch den Mandanten als ein solcher stillschweigender Widerruf anzusehen sei, müßte aus den obwaltenden Umständen entnommen werden.

---

*) Dolliner in seiner kurzen Erklärung des §. 1019 des a. b. G. B. (Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1836, I. S. 164) meint, der Dritte könne nur gegen Denjenigen klagbar auftreten, der ihn von dem ertheilten Auftrage verständiget habe; allein da der Machthaber, so weit die Vollmacht reicht, den Gewaltgeber vorstellt (§. 1017), scheint es gleichgiltig, ob die Benachrichtigung von dem Einen oder von dem Anderen ausgegangen sei.

**) Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu ante quam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficietur is, qui suscepit mandatum. fr. 15. Dig. l. c.

***) Julianus ait: eum, qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videri. fr. 31. §. 2. Dig. de proc. (3, 3.)

3) Ungeachtet des eingetretenen Widerrufes muß der Machtgeber dennoch allen Aufwand und Schaden ersetzen (§. 1014), der während des Bestandes der Vollmacht von dem Gewalthaber gemacht und erlitten worden ist; weil der Widerruf nur für die Zukunft wirken, den Bevollmächtigten aber in seinem bereits erworbenen Rechte nicht beeinträchtigen kann. Eben so gebührt diesem auch ein seiner gehabten Bemühung angemessener Theil der etwa zugesicherten Belohnung*).

4) Wird die Besorgung des aufgetragenen Geschäftes durch einen Zufall gehindert, der sich in der Person des Machtgebers ereignet hat**), so muß dieser (nach §. 1311) den daraus hervorgehenden Schaden tragen; er ist also verpflichtet, dem Machthaber Alles das zu leisten, was aus den eben erörterten Bestimmungen im Falle des Widerrufes zu leisten wäre.

§. 1021.

die Aufkündung;

Auch der Machthaber kann die angenommene Vollmacht aufkünden. Wenn er sie aber vor Vollendung des ihm insbesondere aufgetragenen, oder vermöge der allgemeinen Vollmacht angefangenen Geschäftes aufkündet; so muß er, dafern nicht ein unvorgesehenes und unvermeidliches Hinderniß eingetreten ist, allen daraus entstandenen Schaden ersetzen.

1) Auch durch die Aufkündigung (renunciatio) von Seite des Mandatars kann das Vollmachtsverhältniß jederzeit aufgehoben werden, doch nicht immer, ohne daß der hieraus etwa entstandene Schade ersetzt werden müßte. Der Gewalthaber bleibt vielmehr nur dann außer Verantwortung, wenn er in Folge einer ihm ertheilten allgemeinen Vollmacht (§. 1006) noch gar kein besonderes Geschäft angefangen, oder das angefangene bereits vollendet hat, oder wenn ihn ein unvorhergesehenes und unvermeidliches Ereigniß (z. B. eine ihm zugestoßene Krankheit) ***) an der weiteren Besorgung des Geschäftes hindert.

2) Ist das, Jemandem insbesondere aufgetragene Geschäft vollendet, so ist die Vollmacht eben dadurch erloschen; es bedarf also dann eben so wenig einer eigenen Aufkündigung, als wenn die Zeit abgelaufen ist, für welche die Bevollmächtigung eingegangen wurde.

---

*) Daß der Machthaber, wenn die Vollmacht auf eine gewisse Zeit oder für immer ertheilt war, sogar berechtigt sei, die für die Führung des Geschäftes ihm zugesicherte Belohnung so zu fordern, als ob er das Geschäft noch fortsetzte, — wie Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 229) behauptet, — scheint bei dem bestimmten Wortlaute des §. 1020 nicht richtig zu sein, und zwar um so weniger, als der, wenn gleich entgeltliche Bevollmächtigungsvertrag denn doch von dem, erst im 26. Hauptstücke des a. b. G. B. behandelten Lohnvertrage wohl unterschieden werden muß.

**) Von dem in der Person des Machthabers eingetretenen Hindernisse ist erst im folgenden §. 1021 die Rede.

***) Vgl. fr. 22. §. ult., dann fr. 23, 24 et 25. Dig. mand. vel contra. (17, 1.)

§. 1022.

In der Regel wird die Vollmacht sowohl durch den Tod des Gewaltgebers, als des Gewalthabers aufgehoben. Läßt sich aber das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachtheil der Erben nicht unterbrechen, oder erstreckt sich die Vollmacht selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers; so hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden. den Tod;

1) Da das Mandatsverhältniß, wie schon oben bemerkt wurde, auf dem Vertrauen des Machtgebers in die persönlichen Eigenschaften des Bevollmächtigten beruht, so ist es natürlich, daß es durch den Tod des Einen wie des anderen Theiles aufgelöst wird*), da weder von den Erben des Mandatars vorauszusetzen ist, daß sie die gleiche Fähigkeit wie dieser zur Besorgung der ihm aufgetragenen Angelegenheiten besitzen, noch auch von den Erben des Mandanten erwartet werden kann, daß sie gegen ihn dasselbe Vertrauen hegen, wie der Verstorbene.

2) Eine Ausnahme von dem hier aufgestellten Grundsatze tritt dann ein, wenn die Vollmacht selbst sich auf den Sterbefall des Gewaltgebers erstreckt, wie dieß z. B. für die Advocaten-Vollmachten vorgeschrieben ist**).

3) Eine fernere Ausnahme greift dann Platz, wenn sich das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachtheil der Erben des Gewaltgebers nicht unterbrechen läßt, weil hier wohl anzunehmen ist, daß sie in die Abwendung des ihnen drohenden Schadens einwilligen werden. Diese Vermuthung läßt nicht einmal einen Gegenbeweis zu, da das Gesetz den Gewalthaber nicht bloß verpflichtet, sondern sogar berechtiget, das angefangene Geschäft zu vollenden. Daß übrigens der Paragraph nur die Erben des Gewaltgebers im Auge habe, scheint, wie schon Nippel Erläut. Bd. 7, S. 109) gegen die Ansicht Zeiller's (Comment. Bd. 3, S. 303) behauptet, sowohl aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Anordnungen, als aus der Natur der Sache hervorzugehen.

§. 1023.

Die von einem Körper (Gemeinschaft) ausgestellten und übernommenen Vollmachten werden durch die Erlöschung der Gemeinschaft aufgehoben.

Da die Aufhebung einer juristischen Person (vgl. Bd. 1, S. 141 d. W.) dem Tode eines einzelnen Menschen gleichkömmt, so ist es ganz folgerecht, daß sie bezüglich einer von derselben ertheilten oder übernommenen Vollmacht die nämlichen Wirkungen, wie dieser hervorbringt. Die Aufhebung kann übrigens entweder durch den Untergang des in Frage

---

*) fr. 26. §. 1. und fr. 27. §. 3. Dig. l. c. u. a. m.

**) §. 416 der allg., §. 546 der galiz.. §. 534 der ital. G. O. — §. 16 der ungar. Advocat. Ordn. vom 24. Juli 1852, und der siebenb. A. O. vom 10. October 1853.

stehenden Rechtssubjectes oder dadurch herbeigeführt werden, daß der Staat demselben den Charakter der juristischen Persönlichkeit entzieht (s. Bd. 1, S. 143 d. W.).

§. 1024.

oder Concurs.

Verfällt der Machtgeber in Concurs; so sind alle Handlungen, die der Gewalthaber nach Kundmachung des Concurses im Namen des Concurs-Schuldners unternommen hat, ohne Rechtskraft. Eben so erklärt die Verhängung des Concurses über das Vermögen des Machthabers schon an und für sich die ertheilte Vollmacht für aufgehoben.

1) Durch die Eröffnung des Concurses erwerben nach dem Hofd. vom 4. Juni 1824, Nr. 2012 der J. G. S., sämmtliche Gläubiger des Cridatars das ausschließende Recht, alles ihm angehörige Vermögen in Besitz zu nehmen, zu verwalten und zu ihrer verhältnißmäßigen Befriedigung zu verwenden, und zwar äußert sich diese Wirkung nach dem Hofd. vom 14. Mai 1846, Nr. 962 der J. G. S. und dem §. 60 der ungar. und siebenbürg. C. O. von dem Anfange des Tages, an welchem das Concurs-Edict kundgemacht worden ist, ohne daß es auf die Stunde der Kundmachung ankommt. Wird nun der Concurs über das Vermögen des Gewaltgebers eröffnet, so kann über dieses nur mehr durch die Gläubiger, resp. ihre Repräsentanten verfügt werden; es ist also die noch von dem Cridatar herrührende Vollmacht als erloschen zu betrachten. Dieß scheint, da das Gesetz nicht unterscheidet, von jeder Art der Bevollmächtigung, mithin auch in jenem Falle zu gelten, in welchem durch den Machthaber Personenrechte für den Mandanten begründet werden sollen*).

2) In gleicher Weise erlischt die Vollmacht auch durch die Verhängung des Concurses über das Vermögen des Machthabers, weil dadurch das Vertrauen in die Person desselben wesentlich erschüttert wird, und nicht anzunehmen ist, daß man seine Angelegenheiten in den Händen eines Menschen belassen wolle, von welchem man im Falle einer Beschädigung (§. 1012) wahrscheinlich keinen Ersatz zu erlangen im Stande wäre.

§. 1025.

In wie fern die Verbindlichkeit fortdauere.

Wird die Vollmacht durch Widerruf, Aufkündung, oder durch den Tod des Gewaltgebers oder Gewalthabers aufgehoben; so müssen doch die Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, so lange fortgesetzt werden, bis von dem Machtgeber oder dessen Erben eine andere Verfügung getroffen worden ist, oder füglich getroffen werden konnte.

---

*) Anderer Meinung ist Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 232) und namentlich in Beziehung auf die Eingehung einer Ehe Dr. L. Hirschmann in seinem (Bd. 1, S. 263 d. W. angeführten) Aufsatze in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1836, I. S. 22. — Allein durch die Ehe werden ja auch Vermögensrechte, und zwar oft im ausgedehntesten Umfange begründet!

1) Wenn auch die Vollmacht auf eine oder die andere Art aufgehoben wird, so können doch die angefangenen Geschäfte nicht immer sogleich abgebrochen werden; der Gewalthaber ist daher verpflichtet, sie noch so lange fortzuführen, bis der Machtgeber oder dessen Erben eine andere Verfügung treffen konnten, und zwar hätte dieß nach der Analogie des §. 904 ohne unnöthigen Aufschub zu geschehen; würde ein solcher eintreten, so hätte der Säumige sich die nachtheiligen Folgen selbst zuzuschreiben.

2) Stirbt der Gewaltgeber, so ist es Sache der Erben desselben, den Bevollmächtigten von dem eingetretenen Todesfalle zu benachrichtigen. Wäre ihm dieser unbekannt geblieben, so kann er die Besorgung der ihm aufgetragenen Geschäfte immer noch mit voller Wirksamkeit vornehmen *).

§. 1026.

Auch bleiben die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge verbindlich, und der Gewaltgeber kann sich nur bei dem Gewalthaber, der die Aufhebung verschwiegen hat, wegen seines Schadens erholen.

1) Die einmal ertheilte Vollmacht muß dritten Personen gegenüber so lange als bestehend angenommen werden, bis ihnen die Aufhebung desselben bekannt geworden ist. Haben sie also nach dem Eintritte derselben noch Rechtsgeschäfte mit dem Mandatar abgeschlossen, so wird durch diese immer noch der Gewaltgeber (oder dessen Erben) verpflichtet, wofern nur die Auflösung des Vollmachtsverhältnisses dem Dritten nicht bloß durch sein Verschulden unbekannt geblieben**). Es liegt daher im Interesse des Machtgebers (oder seiner Erben), dafür zu sorgen, daß die Aufhebung der Vollmacht Jedermann bekannt werde, und der frühere Machthaber keinen Mißbrauch machen könne; es wird ihm demnach die etwa in seinen Händen befindliche Vollmachtsurkunde abzufordern, die Löschung in den öffentlichen Registern (Handels-Protocollen) zu veranlassen sein u. dgl. m. Nur im Falle der Erlöschung durch Concurs bedarf es keiner weiteren Vorkehrungen, da mit der Unwissenheit des gehörig kundgemachten Concurs-Edictes sich Niemand entschuldigen kann.

2) Jedenfalls hat sich der Machthaber, wenn ihm die Aufhebung der Vollmacht bekannt geworden, und keiner der oben (S. 224 d. W.) angedeuteten Ausnahmsfälle Platz greift, aller weiteren Einmischung in die Geschäfte des früheren Mandanten oder seiner Erben zu enthalten; er wird also diesen verantwortlich, sobald er die stattgefundene Aufhebung verschweigt und sie dadurch zu Schaden bringt.

---

*) Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere; quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandata actio solvitur. fr. 58. pr. Dig. l. c.

**) Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor mortuo eo, quum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet. fr. 26. §. 1. Dig. l. c.

3) Auf die Giltigkeit der während der Dauer der Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte, so wie auf die aus dem gedachten Verhältnisse bereits entstandenen Ansprüche äußert die nachträglich erfolgte Aufhebung keine Wirkung; der Machthaber wird somit nach wie vor verpflichtet sein, darüber Rechnung zu legen, den durch sein Verschulden herbeigeführten Schaden zu ersetzen u. s. w.; er wird aber auch andererseits noch nachträglich die ihm gebührende Belohnung zu fordern berechtigt erscheinen.

§. 1027.

Stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen.

Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Vorschriften haben auch ihre Anwendung auf die Eigenthümer einer Handlung, eines Schiffes, Kauſladens oder anderen Gewerbes, welche die Verwaltung einem Factor, Schiffer, Ladendiener oder anderen Geschäftsträgern anvertrauen.

Das Bedürfniß des Verkehres hatte im römischen Rechte zuerst bezüglich der Schiffsrheder und Gewerbsherren das Rechtsinstitut der actio exercitoria und institoria*) in's Leben gerufen, welches später auch auf andere Fälle, in denen Gewaltgeber und Bevollmächtigte mit dritten Personen in Verbindung treten, ausgedehnt wurde. Uebereinstimmend hiermit betrachtet auch unser Gesetzbuch das Verhältniß, welches zwischen dem Schiffseigenthümer, Gewerbs- oder Handelsherren einerseits, und einem Schiffer, Factor, Ladendiener oder sonstigen Geschäftsführer andererseits Platz greift, als ein Vollmachts-Verhältniß, welches nach den bisher erörterten Grundsätzen zu beurtheilen kömmt. Immerhin wird aber hierbei ein wirklicher Auftrag, eine Bestellung von Seite des Principals zur Besorgung von Geschäften, die sich auf das Schiff oder dessen Ladung, auf den Handel oder das Gewerbe beziehen, und nicht bloß zur Verrichtung von gewissen Arbeiten, oder zur Leistung bestimmter Dienste vorausgesetzt.

§. 1028.

Die Rechte solcher Geschäftsführer sind vorzüglich aus der Urkunde ihrer Bestellung, dergleichen unter Handelsleuten das ordentlich kundgemachte Befugniß der Unterzeichnung (Firma) ist, zu beurtheilen.

§. 1029.

Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden; so wird ihr Umfang aus dem Gegenstande und aus der Natur des Geschäfts beurtheilt. Wer einem Anderen eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermuthet, daß er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu thun, was die Ver-

---

*) Vergl. Puchta, a. a. O. §. 278. — Thibaut, a. a. O. §§. 452 bis 458.

waltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist (§. 1009).

1) Eine solche Vollmacht kann, wie jede andere, der Regel nach sowohl schriftlich als mündlich, durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung eingeräumt werden, wie wenn z. B. dem Ladendiener im Beisein des Herrn gestattet würde, Waaren zu verkaufen, das Geld dafür einzunehmen u. dgl.

2) In dem Verhältnisse zwischen dem Machtgeber und Machthaber ist jedenfalls der Inhalt der Vollmacht, mag diese schriftlich oder mündlich ertheilt worden sein, maßgebend. Dritten Personen gegenüber muß sich aber an dasjenige gehalten werden, was auch für sie erkennbar ist. Deßhalb stellt das Gesetz bei einer bloß mündlich gegebenen Vollmacht die im §. 1029 enthaltenen Vermuthungen auf*).

3) Bei Handelsleuten geschieht die Bestellung eines Geschäftsführers (Factors, Disponenten, Complementärs) insgemein durch eine schriftliche Urkunde (Procura). Diese soll (nach Inhalt des VIII. Art. der Wechselordnungen vom 1. October 1763, 13. April 1765 und 22. Juli 1775) bei jenen Handelsleuten, deren Firma protocollirt ist, ebenfalls in das Protocoll des Handelsgerichtes eingetragen und den Handelsfreunden durch Oblatorien (Ausschreibungsbriefe) bekannt gegeben werden, widrigenfalls der Handelsmann in eine Strafe von 50 Reichsthalern verfällt. In ähnlicher Weise verfügt der XVI. Gesetz-Artikel des Reichstages vom J. 1840 für Ungarn und dessen ehemalige Nebenländer (§. 48), daß der Handelsmann, welcher Jemandem das Recht der Firmaführung einräumen will, wenn damit nur die Befugniß ertheilt werden soll, Briefe und Preiscourants zu unterschreiben, dieß bei dem zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmten Gerichtshofe erster Instanz (Justiz-Minist.-Vdg. vom 15. März 1855, Nr. 50 des R. G. Bl.) anzuzeigen, und die Schriftzüge desselben einzulegen habe. Sollte dem Procuraträger das Recht ertheilt werden, im Namen seines Principals auch wechselmäßige Erklärungen zu unterschreiben, so hat die Protocollirung auf die im XV. Gesetz-Artikel 1840, II. Thl., 3. Cap. vorgeschriebene Weise zu geschehen. Eine solche „Firma zur Procura" gibt dem Firmaführer nach §. 49 ebd. das Recht, alle Handelsgeschäfte im Namen seines Principals abzuschließen. — Für Siebenbürgen bestimmt der Minist. Erl. vom 20. Jänner 1855, Nr. 13 des R. G. Bl., daß Handelsleute, welche die Führung ihrer Firma einer anderen Person übertragen, dieses bei dem Handelsgerichte unter Vorlage der eigenhändigen

---

*) Was also nicht aus der Natur des Geschäftes hervorgeht, oder mit der übertragenen Verwaltung nothwendiger Weise als gewöhnlich verbunden ist, setzt einen besonderen Auftrag voraus. So hatte in einem von Pratobevera in dessen Mat. (Bd. 7, S. 377) mitgetheilten Rechtsfalle ein Cassier zwar vor ausgebrochenem Concurse über das Vermögen seines Principalen, aber nach Entweichung desselben Einem der Gläubiger ein Darleihen von 2000 fl. zurückbezahlt. Die zweite und dritte Instanz verordnete die Rückstellung dieser 2000 fl. in die Concursmasse, weil der Cassier ohne erweislichen Auftrag seines Herrn nicht für bevollmächtigt angesehen werden konnte, irgend eine bestimmte Schuld zu agnosciren und zu bezahlen.

Unterzeichnungsart des Bevollmächtigten anzuzeigen haben. Diese Unterzeichnung muß die Firma der Handlung mit Beifügung des Namens des Bestellten auf eine Weise enthalten, daß dessen Eigenschaft als Bevollmächtigter daraus erhelle (§. 53). Wenn Handelsleute ihre Handlung nicht selbst verwalten, wenn sie sich auf längere Zeit von derselben entfernen, oder an einem anderen Orte eine auch nur untergeordnete Niederlassung errichten, welche zur Ausstellung verbindlicher Urkunden Anlaß geben kann, so sind sie verpflichtet, einen gerichtlich protocollirten Firmaführer aufzustellen, und können von dem Handelsgerichte durch Geldstrafen, ja selbst durch Einstellung des Geschäftsbetriebes mittelst der politischen Behörde hierzu angehalten werden (§. 57). Die Uebertragung der Firma ertheilt (nach §. 54 ebd.) ohne weitere Bestimmung dem Bestellten die Vollmacht zur unbeschränkten Verwaltung der Handlung. Sie begreift in Angelegenheiten derselben auch das Befugniß zu Geschäften, welche nach der Vorschrift des §. 1008 des a. b. G. B. eine besondere, auf die Gattung derselben lautende Vollmacht erfordern, und das Recht in sich, zur Entscheidung der Handlungsstreitigkeiten einen Schiedsrichter zu erwählen. — Sollte der Gebrauch der Vollmacht beschränkt sein, so müssen die Beschränkungen ausdrücklich angeführt werden. Dunkle, oder auf solche Fälle und Zeitbestimmungen beschränkte Vollmachten, welche leicht zu Zweifeln Anlaß geben können, sind von dem Gerichtshofe gar nicht anzunehmen (§. 55 ebd.).

§. 1030.

Gestattet der Eigenthümer einer Handlung oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge, Waaren im Laden oder außerhalb demselben zu verkaufen; so wird vermuthet, daß sie bevollmächtiget seien, die Bezahlung zu empfangen, und Quittungen dagegen auszustellen.

§. 1031.

Die Vollmacht, Waaren im Namen des Eigenthümers zu verkaufen, erstreckt sich aber nicht auf das Recht, in seinem Namen Waaren einzukaufen; auch dürfen Fuhrleute weder den Werth der ihnen anvertrauten Güter beziehen, noch Geld darauf anleihen, wenn es nicht ausdrücklich in Frachtbriefen bestimmt worden ist.

1) Die vorstehenden Paragraphe enthalten die Anwendung des allgemeinen, im §. 1029 aufgestellten Grundsatzes auf einzelne häufig vorkommende Fälle. Der Einkauf von Waaren steht nämlich mit dem Waarenverkaufe eben so wenig in einem nothwendigen Zusammenhange, als die Besorgung des Frachtgeschäftes mit dem Bezuge des Werthes der Frachtgüter, oder mit der Aufnahme von Anleihen auf dieselben. Es kann also aus der Bevollmächtigung zu dem Einen nicht auch auf die Ermächtigung zu dem Andern geschlossen werden.

2) Dagegen ist das Recht zum Waarenverkaufe gewöhnlich mit dem Rechte zur Empfangnahme des dafür zu bezahlenden Preises verbunden, weil sonst ein Kauf auf Borg (§. 1063) eintreten würde, bei dem der Verkäufer leicht noch größere Gefahr laufen könnte. Wollte Jemand wider die Vermuthung des §. 1030 seinen Diener oder Lehrling in der Vollmacht beschränken, so müßte er dafür sorgen, daß die Beschränkung auch dritten Personen erkennbar würde, widrigenfalls sie auf die Rechte derjenigen, denen sie ohne ihr Verschulden unbekannt geblieben, keinen Einfluß üben könnte (vgl. §. 1017)*). So verfügt auch der §. 51 des XVI. Gesetzartikels vom J. 1840 für Ungarn u. s. w., daß, wenn der Handelsmann den Kreis der ordentlichen Berechtigung seiner Handlungsdiener insbesondere einschränken, z. B. dem Cassier die Empfangnahme der Gelder für eine bestimmte Zeit untersagen wollte, dieß die Rechte eines Dritten, dem es nicht insbesondere bekannt gemacht wurde, nicht beeinträchtigen dürfe. — Für Siebenbürgen bestimmt der §. 58 des Ges. v. 20. Jänner 1855, daß Handelsleute, welche eine Person, der sie die Leitung ihrer Handlung übertragen, dem Gerichte anzuzeigen unterlassen, oder selbst nur die Verwaltung eines einzelnen Geschäftszweiges in oder außer der Handlung anderen Personen einräumen, ohne sie mit einer ausdrücklichen Vollmacht zu versehen, für alle, selbst Borggeschäfte derselben, ohne Rücksicht, ob sie schon in der Natur der Verwaltung gelegen und gewöhnlich damit verbunden sein mögen, verantwortlich sind, in so fern der Bestellte nach der ihm fortgesetzt gestatteten Ausübung von dritten Personen hierzu mit Grund für bevollmächtigt angesehen werden konnte, und Letztere hierauf die Geschäfte redlicher Weise mit ihm abgeschlossen haben.

§. 1032.

Dienstgeber und Familien-Häupter sind nicht verbunden, das, was von ihren Dienstpersonen oder anderen Hausgenossen in ihrem Namen auf Borg genommen wird, zu bezahlen. Der Borger muß in solchen Fällen den gemachten Auftrag erweisen.

§. 1033.

Besteht aber zwischen dem Borgnehmer und Borggeber ein ordentliches Einschreibebuch, worin die ausgeborgten Sachen aufgezeichnet werden; so gilt die Vermuthung, daß der Ueberbringer dieses Buches bevollmächtiget sei, die Waare auf Borg zu nehmen.

---

*) Vgl. den von Dr. J. Helm in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. (1825, II. S. 300) dargestellten Rechtsfall. Der Handelsmann A. beauftragte seinen Lehrling, in dem Falle, als Einer seiner Handelsfreunde, B., im Falle seiner Abwesenheit kommen sollte, die Waaren mit demselben zu behandeln und ihm zu übergeben, den Kaufschilling jedoch nicht einzuheben. Der Lehrling hob jedoch wider den ihm ertheilten Auftrag von B. den Kaufschilling von 805 fl. ein, und dieser Betrag ging aus Unachtsamkeit des Empfängers verloren. Mit Recht entscheidet sich der Verf. für die Ansicht, daß A. die in Frage stehende Summe von B. nicht zum zweiten Male verlangen könne.

1) Durch das Verhältniß eines Dienstboten zu seinem Dienstherrn oder eines Hausgenossen zu dem Familienhaupte wird an sich noch keine Bevollmächtigung begründet; es werden daher Dienstgeber und Familienhäupter durch die Handlungen ihrer Dienstpersonen und Hausgenossen nur in so weit verbunden, als denselben eine ausdrückliche oder stillschweigende Vollmacht zum Grunde liegt.

2) Eine solche wird im Falle des §. 1033 angenommen, daher es Sache des Borgnehmers ist, dafür zu sorgen, daß das betreffende Einschreibebuch ordentlich verwahrt und nichts in dasselbe eingetragen werde, was er nicht selbst auf Borg zu nehmen beabsichtigt.

§. 1034.

Gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung.

Das Recht der Vormünder und Curatoren, die Geschäfte ihrer Pflegebefohlenen zu verwalten, gründet sich auf die Anordnung des Gerichtes, von welchem sie bestellt sind. Dem Vater und dem Ehemanne wird das Befugniß zur Vertretung des Kindes und der Gattin von dem Gesetze eingeräumt. Hierüber sind die Vorschriften an den gehörigen Orten enthalten.

Außer der, durch den Bevollmächtigungsvertrag begründeten, gibt es auch noch andere Arten der Geschäftsführung, welche aus einem obrigkeitlichen Auftrage oder unmittelbar aus der Anordnung des Gesetzes entspringen. Hierher gehört die Geschäftsführung des Vormundes für den Mündel (§. 233—236), des Curators für den Pflegebefohlenen (§. 282), des Vaters für seine ehelichen oder diesen gleichgehaltenen Kinder (§§. 150 bis 152) und des Ehemannes für seine Gattin (§§. 91 und 1238 bis 1241).

§. 1035.

Geschäftsführung ohne Auftrag;

Wer weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, noch vom Gerichte, noch aus dem Gesetze das Befugniß erhalten hat, darf der Regel nach sich in das Geschäft eines Anderen nicht mengen. Hätte er sich dessen angemaßt; so ist er für alle Folgen verantwortlich.

Da das Gesetz für Diejenigen, welche ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig sind (§. 21), ohnehin Fürsorge getroffen hat, so kann es im Allgemeinen weder eine Pflicht noch ein Recht geben, sich in fremde Angelegenheiten einzumischen*), sondern es muß Jedem überlassen bleiben, nach seinem Gutdünken die ihm nöthig scheinenden Vorkehrungen zu treffen. Immerhin gibt es aber einige Ausnahmsfälle, in denen zwar die Führung eines fremden Geschäftes Niemandem zur Pflicht gemacht, jedoch der Geschäftsführer mindestens von der ihn sonst treffenden Verant-

*) Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti. fr. 36. Dig. de div. reg. jur. (50, 17.)

wortlichkeit ganz oder zum Theile entbunden wird. Sie sind in den folgenden Paragraphen enthalten.

§. 1036.

Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig; wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist (§. 403). im Nothfalle;

1) Uebernimmt Jemand im Falle der Noth die Besorgung eines fremden Geschäftes, um einen bevorstehenden Schaden abzuwenden, so ist mit Grund zu vermuthen, daß der Eigenthümer (dominus negotii) hierzu eingewilliget haben würde, wenn ihm die obwaltenden Umstände bekannt gewesen wären. Das Gesetz kann ein solches Einschreiten nicht mißbilligen, es ertheilt also dem Geschäftsführr (negotiorum gestor) die Klage auf Ersatz des gemachten Aufwandes (die actio negotiorum gestorum contraria).

2) Damit dieser Anspruch begründet sei, wird jedoch erfordert: a) daß der Geschäftsführer nicht für sich, sondern für einen Andern gehandelt habe*), und zwar b) nicht in der Absicht, zu schenken**), sondern mit dem Willen, Ersatz für den gemachten Aufwand zu erhalten. c) Es muß ferner die Geschäftsführung auf die Abwendung eines wirklichen Schadens abgezielt haben, wenn sie gleich erfolglos geblieben ist***); doch darf d) dieß nicht in einem Verschulden des Geschäftsführers gelegen sein†). e) Endlich kann nur der Ersatz der nothwendigen und zweckmäßig gemachten Auslagen begehrt werden, d. i. derjenigen, ohne welche der bevor-

---

*) ... si quis negotia mea gessit non mea contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scribit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse. fr. 6. §. 3. Dig. de neg. gest. (3, 5.)

**) Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi. fr. 27. §. 1. Dig. l. c. u. a. m.

***) Meinte der Geschäftsführer bloß, einen Schaden von dem Andern abzuwenden, während dies in der That nicht der Fall war (wie wenn z. B. der Eigenthümer sein dem Einsturze ausgesetztes Gebäude, welches der Geschäftsführer stützen und ausbessern ließ, ohnehin einreißen wollte, um einen neuen Bau auszuführen), so scheint auch nach unserem Rechte kein Anspruch auf Ersatz des gemachten Aufwandes begründet. Nach römischem Rechte ist dieß zweifellos der Fall. S. fr. 10. §. 1. Dig. l. c. Is ... negotiorum gestorum ... habet actionem, qui utiliter negotia gessit, non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur.

†) Sive hereditaria negotia, sive ea, quae alicujus essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit, judicio negotiorum gestorum consequi, veluti si frumentum aut vinum familiare paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio, ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit. fr. 22. Dig. l. c.

stehende Schade nicht abgewendet werden konnte, und die hierzu auch geeignet gewesen wären, wenn nicht etwa ein eingetretener Zufall die Bemühung vereitelt hätte.

§. 1037.

oder zum Nutzen des Anderen;

Wer fremde Geschäfte bloß, um den Nutzen des Anderen zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben. Hat der Geschäftsführer zwar diese Vorschrift unterlassen, aber das Geschäft auf seine Kosten zu des Anderen klarem, überwiegenden Vortheile geführt; so müssen ihm von diesem die darauf verwendeten Kosten ersetzt werden.

§. 1038.

Ist aber der überwiegende Vortheil nicht klar, oder hat der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Anderen zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatze verbunden; er kann vielmehr verlangen, daß der Geschäftsführer auf eigene Kosten die Sache in den vorigen Stand zurücksetze, oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste.

1) Handelte es sich nicht um die Abwendung eines bevorstehenden Schadens, sondern bloß um die Beförderung des Nutzens eines Anderen, so ist ein Anspruch auf Ersatz der gehabten Auslagen nur in so fern begründet, als sich der Eigenthümer sonst mit dem Schaden des Geschäftsführers bereichern würde. Es muß also der Vortheil, der dem Geschäftsherrn zugeht, klar, d. h. für Jedermann einleuchtend und überwiegend sein, mithin den gemachten Aufwand und die sonst etwa damit verknüpften Lasten und Unannehmlichkeiten übersteigen *), auch noch wirklich existiren, da das Gesetz hier nicht, wie im §. 1036, den Fall ausdrücklich hervorhebt, daß die Bemühung des Geschäftsführers fruchtlos geblieben.

2) Wurde eine gänzliche Umgestaltung der fremden Sache vorgenommen, z. B. ein Weingarten in einen Acker, ein Wohngebäude in Magazine verwandelt, so kann der Eigenthümer sogar, wofern dieß noch möglich ist, die Zurückversetzung in den vorigen Stand verlangen; keineswegs steht aber dem Geschäftsführer das Recht zu, diese selbst wider den Willen des Eigenthümers vorzunehmen **); nur dürfte Letzterer, wenn er das ihm dießfalls von dem Geschäftsführer gemachte Anerbieten ablehnt, und die Sache in der veränderten Gestalt fort benützt, nach §. 1037 zu behandeln sein, weil anzunehmen ist, daß er den gegenwärtigen Zustand der Sache für vortheilhafter ansehe, als den früheren.

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 129.

**) Nippel. Erläut. Bd. 7, S. 132. — Anderer Meinung ist Ellinger, Handbuch S. 389.

3) Hat der Eigenthümer um die fremde Geschäftsführung gewußt, und diese ausdrücklich genehmigt, oder sie, da er dieß doch thun konnte, dem Geschäftsführer nicht sofort untersagt, so geht die Geschäftsführung ohne Auftrag in eine Bevollmächtigung über*), und ist sohin nach den dafür aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen.

§. 1039.

Wer ein fremdes Geschäft ohne Auftrag auf sich genommen hat, muß es bis zur Vollendung fortsetzen, und gleich einem Bevollmächtigten genaue Rechnung darüber ablegen.

1) Der Geschäftsführer haftet dem Eigenthümer wie ein Bevollmächtigter, da er sich selbst in ein gleiches Verhältniß gesetzt hat. Mit Recht legt ihm daher das Gesetz die Pflicht auf, das angefangene Geschäft zu vollenden (vgl. §. 1025)**).

2) Er ist ferner verpflichtet, genaue Rechnung zu legen (§. 1002), wohl auch allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Eigenthümer zu überlassen (§. 1009)***), und den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen (§. 1012)†).

3) Für dritte Personen, mit denen der Geschäftsführer sich in Verbindungen eingelassen hat, erwächst kein Klagerecht gegen den Geschäftsherrn, außer wenn er die abgeschlossenen Geschäfte etwa hinterher genehmigt.

§. 1040.

Wenn Jemand gegen den giltig erklärten Willen des Eigenthümers sich eines fremden Geschäftes anmaßet, oder den rechtmäßig Bevollmächtigten durch eine solche Einmengung an der Besorgung des Geschäftes verhindert; so verantwortet er nicht allein nur den hieraus erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn, sondern er verliert auch den gemachten Aufwand, in so fern er nicht in Natur zurück genommen werden kann. gegen den Willen des Anderen;

1) Hat sich der Geschäftsführer gegen das Verbot des Eigenthümers in die Angelegenheiten desselben eingemischt, so hat er, wie bei einem aus böser Absicht oder aus auffallender Sorglosigkeit verursachten Schaden

---

*) Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. fr. 60. Dig. d. reg. jur. (50, 17.)

**) Si vivo Titio negotia ejus administrare coepi, intermittere mortuo eo non debeo. fr. 21. §. 2. Dig. l. c.

***) Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum judicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus. fr. 19. §. 4. Dig. l. c.

†) ... aequum est, ipsum [qui absentis negotia gessit] actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet, ... fr. 2. Dig. l. c.

(§. 1324), volle Genugthuung zu leisten; er haftet also auch für den Zufall, der die Sache ohne seine Anmaßung nicht getroffen hätte.

2) Was den von dem Geschäftsführer gemachten Aufwand betrifft, so hat Justinian in der Const. 24. Cod. de neg. gest. (2, 19) entschieden, daß ihm ein solcher in keiner Weise zu ersetzen sei, wenn ein giltiges Verbot vorausgegangen. Unser a. b. G. B. hat zwar im Allgemeinen auch an diesem Principe festgehalten, jedoch gestattet, daß der Aufwand, wenn dieß thunlich ist, in Natur zurückgenommen werde, damit sich der Geschäftsherr nicht ohne Noth mit fremdem Schaden bereichere *).

3) Damit der bevorstehende Paragraph zur Anwendung kommen könne, muß vorausgesetzt werden, daß der Wille des Eigenthümers giltig erklärt worden sei; seine Anwendbarkeit entfällt daher, wenn der Geschäftsherr einer giltigen Willensäußerung (wie z. B ein Rasender, Blödsinniger) nicht fähig war; oder wenn das Verbot ein unerlaubtes gewesen (z. B. das Verbot, einen Leichnam zu begraben) **). Daß jedoch, wie Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 328) behauptet, selbst ein allgemein giltiges Verbot auf dringende Fälle einer fremden Fürsorge nicht bezogen werden könne, scheint dem Wortlaute des Gesetzes zu widerstreiten.

4) Dem Falle eines ausdrücklichen Verbotes wird derjenige gleichgehalten, wo der Eigenthümer selbst einen Bevollmächtigten bestellt hat, der durch die Einmengung des Geschäftsführers an der Besorgung der ihm aufgetragenen Angelegenheiten verhindert wurde ***).

§. 1041.

Verwendung einer Sache zum Nutzen des Anderen.

Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Anderen verwendet worden ist; so kann der Eigenthümer sie in Natur, oder wenn dieses nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.

1) Auch ohne Abschließung von Geschäften kann eine Sache zum Nutzen eines Anderen verwendet, z. B. ein fremdes Gebäude gestützt, einem Kranken Hilfe geleistet werden u. dgl. Eine solche Sache kann, wenn sie noch in Natur vorhanden und trennbar ist, jedenfalls zurückverlangt werden, wie aus den §§. 414 und 415 erhellt. Anders ist es aber, wenn die Zurückstellung in Natur nicht mehr möglich ist. Hier muß unterschieden werden, ob die Verwendung im eigenen Interesse, oder ob sie in der Absicht geschah, einem Anderen dadurch einen Nutzen zu verschaffen. Im ersten Falle kommen die a. o. §§. 414 u. ff. zur Anwendung †). Im zweiten

---

*) Nur die Zurücknahme, nicht auch die Vertilgung des gemachten Aufwandes gestattet der §. 1040. Wer also ein fremdes Zimmer mit Tapeten versah, kann dieselben wieder abnehmen, wenn er es aber malen ließ, darf er die Malerei nicht wieder übertünchen lassen. S. Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 137.

**) ... Labeo ait: si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam. fr. 14. §. 12. Dig. de relig. (11, 7.)

***) Vgl. fr. 6. §. ult. Dig. de neg. gest. (3, 5).

†) Ellinger, Handb. S. 390, ist daher ganz irrig daran, wenn er auch in diesem Falle den §. 1041 angewendet wissen will.

Falle ist nach §. 1041 vorzugehen. Der Ersatzanspruch ist hiernach davon abhängig, daß a) die Verwendung eine nothwendige oder doch nützliche gewesen, nicht aber bloß zum Vergnügen oder zur Verschönerung gemacht worden sei (vgl. §. 332); dann b) daß der zum Nutzen eines Anderen Handelnde nicht den animus donandi gehabt habe; dagegen verschlägt es nichts, wenn der Nutzen in der Folge wieder vereitelt wurde, weil die Folgen des Zufalls (nach §. 1333) Derjenige tragen muß, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignete. Trüge dagegen der Eigenthümer der verwendeten Sache selbst daran Schuld, daß dieselbe in der Folge zu Grunde ging, so kann er auch keinen Ersatz dafür verlangen.

§. 1042.

Wer für einen Anderen einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.

1) Als eine Art der Verwendung zum Nutzen eines Andern ist es anzusehen, wenn für diesen, und zwar ebenfalls wieder nicht mit dem animus donandi*), ein Aufwand gemacht wurde, den er nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, weil er dadurch eben so viel an dem Seinigen ersparte, als für ihn verwendet (z. B. an schuldiger Steuer bezahlt) wurde; er muß demnach auch dafür Ersatz leisten.

2) Die Klage auf diesen Ersatz ist keine Entschädigungsklage, denn es ist hier kein Schade im Sinne des §. 1293 vorhanden; es findet daher auch der §. 1489 auf diese Klage keine Anwendung**).

§. 1043.

Hat Jemand in einem Nothfalle, um einen größeren Schaden von sich und Anderen abzuwenden, sein Eigenthum aufgeopfert; so müssen ihn Alle, welche daraus Vortheil zogen, verhältnißmäßig entschädigen. Die ausführlichere Anwendung dieser Vorschrift auf Seegefahren ist ein Gegenstand der Seegesetze.

1) Der II. Titel des XIV. Buches der Digesten de lege Rhodia de jactu hat die Fürsorge getroffen, ut, si levandae navis gratia jactus mer-

*) Vgl. Bd. 1, S. 183 d. W.

**) S. die Entschdg. des ob. Gerichtshofes vom 14. October 1856 in der a. öst. Ger. Ztg. 1857, Nr. 1 und vgl. die im entgegengesetzten Sinne erflossene Entscheidung desselben Gerichtshofes in der a. öst. Ger. Ztg. 1854, Nr. 156. Der Anspruch der unehelichen Mutter gegen den Erzeuger ihres unehelichen Kindes auf Ersatz der von ihr für dieses Kind bestrittenen Unterhalts- und Erziehungskosten ist auch als im §. 1042 begründet anzusehen und dürfte daher auch nicht nach §. 1489 binnen drei Jahren verjähren. Vgl. die in der a. öst Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 125 und J. 1854, Nr. 156 mitgetheilten Rechtsfälle; dann den Aufsatz von J. Turnes über die Verjährung der von unehelichen Vätern ihren Kindern schuldigen Alimentationskosten (ebd. J. 1854, Nr. 140) und Dr. L. Schuster's Aufsatz unter der gleichen Ueberschrift in Haimerl's Mag. B. 9, S. 342.

cium factus sit, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. Diese Vorschrift wurde durch die Praxis auch auf andere Fälle ausgedehnt, wo eine gemeinsame Gefahr (z. B. eine Ueberschwemmung oder Feuersbrunst) durch die Aufopferung oder Beschädigung des Eigenthumes Einzelner (z. B. durch den Durchstich eines Dammes oder das Abbrechen eines Hauses) abgewendet wurde, und in dieser weiteren Fassung ist auch die gedachte Bestimmung in unser G. B. übergegangen.

2) Die Voraussetzung ist, a) daß eine gemeinsame Gefahr obgewaltet habe, welche b) durch die Aufopferung des Eigenthumes Einzelner unter den Bedrohten c) wirklich abgewendet wurde. Der Anspruch aus dem vorstehenden Paragraphen erscheint somit nicht als begründet, wenn der Schade bloß zufälliger Weise eine oder die andere Sache getroffen hat*) wenn also nicht in der Absicht gehandelt wurde, das übrig Bleibende vom Untergange zu retten, und wenn dieser Untergang überhaupt nicht vermieden werden konnte.

3) Das Recht des beschädigten Eigenthümers geht dahin, von Allen, welche aus der Aufopferung seiner Sache Vortheil zogen, den verhältnißmäßigen Ersatz seines erlittenen Schadens zu fordern. Die Berechnung ist also dergestalt zu machen, daß sämmtliche, sowohl die geretteten, als die verloren gegangenen Sachen (auch das Schiff selbst) geschätzt werden, und der Schade sohin nach dem Verhältniß des Werthes vertheilt wird, als ob das Opfer von allen Sachen pro rata portionis geschehen wäre **).

4) Hinsichtlich der Brandschäden enthalten die verschiedenen Feuerlösch-Ordnungen ***) durchgängig die Bestimmung, daß diejenigen, deren Häuser durch die Löschanstalt abgedeckt oder niedergerissen werden, um der weiteren Verbreitung des Feuers Einhalt zu thun, alle Vorrechte und Begünstigungen zu genießen haben, welche denjenigen zu Theil werden, deren Eigenthum wirklich ein Raub der Flammen geworden ist.

§. 1044.

Die Vertheilung der Kriegsschäden wird nach besonderen Vorschriften von den politischen Behörden bestimmt.

Man hat es versucht, die Bestimmungen der lex Rhodia auch auf Kriegsschäden anzuwenden, allein mit Recht wurde bemerkt, daß hier meistens die Bedingung einer Gleichheit der Gefahr für alle Eigenthümer fehlt †), und daß der Umstand allein, daß Jemanden ein Unglück

---

*) Si navis a piratis redemta sit, Servius, Offilius, Labeo, omnes conferre debere ajunt. Quod vero praedones abstulerint, eum perdere, cujus fuerit, nec conferendum ei, qui suas merces redemerit. fr. 2. §. 3. Dig. l. c. (14, 2.) — Anders wäre zu entscheiden, wenn, um eine allgemeine Plünderung hintanzuhalten, der Einzelne seine Effecten den Räubern Preis gegeben hätte.

**) Portio ... pro aestimatione rerum, quae salvae sunt, et earum, quae amissae sunt, praestari solet. fr. 2. §. 4. Dig. l. c.

***) Vgl. mein Handbuch der österr. Verwaltungsgesetzkunde, 2. Aufl. Bd. 1, S. 547 §. 270.

†) Puchta, a. a. O. §. 368.

traf, noch nicht hinreichend ist, eine Entschädigungsklage für ihn zu begründen*). Ueberdieß gehört die Beantwortung der Frage, ob die Kriegsschäden als eine allgemeine Staatslast aus dem Aerare zu vergüten, oder als Locallast unter die Bewohner des Ortes, wo sie sich ergeben haben, zu vertheilen, oder als ein Unglück von demjenigen, den sie betroffen haben, zu tragen seien, in das öffentliche Recht. Aus den hierüber erflossenen allerh. Bestimmungen vom 5. April 1816 und 2. April 1821 lassen sich folgende Grundsätze entnehmen: Für zufällige oder muthwillige Beschädigungen, die von den feindlichen Truppen verübt werden, findet als nothwendiges Uebel des Krieges eine Entschädigung in keinem Falle statt. Für die durch Excesse der österreichischen Truppen erlittenen Beschädigungen ist zwar keine Vergütung aus dem Staatsschatze zu leisten, jedoch sind, wenn derlei Beschädigungen auf Befehl oder Zulassung der Befehlshaber erfolgten, oder diese Ordnung zu machen unterließen, die Befehlshaber zur Verantwortung zu ziehen, und in sofern ihnen Etwas zur Last fällt, zum Ersatze des gehörig zu liquidirenden Schadens zu verhalten. Entschädigungsansprüche für Kriegsschäden, deren Urheber nicht bekannt sind, kommen in gar keine Betrachtung. Ist endlich der Schade an dem Grundeigenthume auf Anordnung der Befehlshaber zur Beförderung der Kriegs-Operationen geschehen, so ist er aus dem Aerare zu vergüten.

Dreiundzwanzigstes Hauptstück.

Von dem Tauschvertrage.

§. 1045.

Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere Sache überlassen wird. Die wirkliche Uebergabe ist nicht zur Errichtung; sondern nur zur Erfüllung des Tauschvertrages und zur Erwerbung des Eigenthumes nothwendig. Tausch.

§. 1046.

Das Geld ist kein Gegenstand des Tauschvertrages; doch lassen sich Gold und Silber als eine Waare und selbst als Münz-Sorten in so weit vertauschen, als sie nur gegen andere Münz-Sorten, goldene nämlich gegen silberne, kleinere gegen größere Stücke verwechselt werden sollen.

1) Tausch im weiteren Sinne ist jeder Vertrag, worin der eine wie der andere Contrahent sich zur Leistung eines Gegenstandes als Entgelt für die von dem Anderen zu leistende Sache verpflichtet (s. oben S. 13 d. W.).

---

*) Thibaut, a. a. O. §. 574.

Im engeren Sinne versteht man unter Tausch (permutatio) denjenigen Vertrag, wodurch Jemand das Eigenthum einer Sache gegen das Eigenthum einer anderen Sache dem Compaciscenten überläßt.

2) Die gegen einander vertauschten Sachen können bewegliche und unbewegliche, verbrauchbare und unverbrauchbare, körperliche und wohl auch unkörperliche sein, z. B. das Jagdrecht u. dgl., nur keine Dienstleistungen, denn sonst entsteht ein Lohnvertrag (§. 1151), oder ein ungenannter entgeltlicher Vertrag über Dienste, der nach §. 1173 zu beurtheilen kömmt. Eben so wenig darf die Leistung von der einen oder anderen Seite in Geld bestehen (s. Bd. 1, S. 624 und Bd. 3, S. 178 d. W.), da der Vertrag, durch welchen eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes (den Preis) Jemandem überlassen wird, mit dem Namen des Kaufvertrages bezeichnet erscheint (§. 1053)*); wohl aber können edle Metalle, die nicht als Geldstücke ausgeprägt sind, ja selbst Münzen ein Object des Tausches bilden, wenn sie nicht als Geld, sondern als Waare betrachtet, d. h. wenn wieder andere Münzsorten dafür gegeben werden. Daß öffentliche Schuldscheine (Creditspapiere, Obligationen) nicht als Geld oder als ein Stellvertretungsmittel desselben anzusehen sind, ist ebenfalls schon oben (S. 179 d. W.) bemerkt worden.

3) Zum Begriffe des Tausches gehört ferner die Uebertragung des Eigenthumes der vertauschten Sachen; soll bloß der Gebrauch einer Sache Jemandem gegen einen bestimmten Preis eingeräumt werden, so wird ein Bestandvertrag (§. 1090) begründet.

4) Der Tausch gehört zu den Titeln, Eigenthum zu erwerben (§. 1053). Der Tauschende hat, wenn er seiner Seits auch noch nicht geleistet hat, sondern nur bereit ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen (§. 1052), das Recht, die Uebergabe des eingetauschten Gegenstandes zu fordern, also bei unbeweglichen Gütern nicht nur die Einräumung des physischen Besitzes, sondern auch die Ausstellung einer Urkunde zu verlangen, auf deren Grundlage die Umschreibung in den öffentlichen Büchern erwirkt werden kann (§§. 431, 434 und 435)**).

§. 1047.

Rechte und Pflichten der Tauschenden;

Tauschende sind vermöge des Vertrages verpflichtet, die vertauschten Sachen der Verabredung gemäß mit ihren Bestand=

*) Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest uter emtor, vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. fr. 1. pr. Dig. de rer. permut. (19, 4).

**) Anders war es nach römischem Rechte der Fall, welches bei dem Tauschvertrage dem Contrahenten nur dann eine Klage zugestand, wenn er seiner Seits schon geleistet hatte, und selbst in diesem Falle bloß auf Rückstellung der gegebenen Sache, wenn der andere Theil nicht leisten will ... emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet... Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus utique, quod interest nostrum illam rem accepisse, de qua convenit, sed ut res nostra contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta. fr. 1. §§. 2 et 4. Dig. l. c.

theilen und mit allem Zugehör, zu rechter Zeit, am gehörigen Orte, und in eben dem Zustande, in welchem sie sich bei Schließung des Vertrages befunden haben, zum freien Besitze zu übergeben und zu übernehmen. Wer seine Verpflichtung zu erfüllen unterläßt, haftet dem Anderen für Schaden und entgangenen Nutzen.

1) Die in dem vorstehenden Paragraphen ausgesprochenen Verfügungen folgen aus den allgemeinen Vorschriften der §§. 902, 904 und 905 über Zeit, Ort und Art der Erfüllung eines Vertrages überhaupt, und sind daher auch aus diesen zu ergänzen. Der Tauschende ist verpflichtet, die Sache bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu bewahren (§. 1061) und sie dem Gegentheile in jenem Zustande zu übergeben, in welchem sie sich zur Zeit der Abschließung des Vertrages befand. Setzt er sich durch eigenes Verschulden (z. B. dadurch, daß er die Sache an einen Dritten veräußert) außer Stande, die ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, so haftet er dafür nach den Grundsätzen des 30. Hauptstückes über den Schadenersatz; für den bloßen Zufall (z. B. wenn die vertauschte Sache ohne sein Verschulden verloren geht oder ihm entwendet wird) hat er dagegen nicht einzustehen (§. 1311). Demjenigen, an den die vertauschte Sache erst übertragen werden soll, steht, eben weil er noch nicht Eigenthümer derselben geworden ist, kein Vindicationsrecht gegen dritte Personen zu, wohl aber könnte er von seinem Compaciscenten die Abtretung der Eigenthumsklage und die Herausgabe der dazu nöthigen Behelfe verlangen *).

2) Aus der eben angeführten Verpflichtung, die Sache in eben dem Zustande zu übergeben, in welchem sie sich bei der Schließung des Vertrags befunden hat, folgt auch die weitere, keine neuen Lasten (Pfandrechte, Dienstbarkeiten u. dgl.) auf dieselbe einzuräumen. In wie weit für die früher schon bestandenen Gewähr geleistet werden müsse, ist nach §. 928 zu beurtheilen.

3) Der Ausdruck „Zugehör" ist im §. 1047, gleichwie im §. 457 im engeren Sinne aufzufassen (s. Bd. 1, S. 611 d. W.), da vom Zuwachse erst im §. 1050 die Rede ist.

§. 1048.

insbesondere in Rücksicht der Gefahr;

Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die vertauschte bestimmte Sache durch Verbot außer Verkehr gesetzt, oder zufälliger Weise ganz oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet; so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen.

§. 1049.

Andere in dieser Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache und Lasten gehen auf die Rechnung

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 150.

des Besitzers. Sind jedoch Sachen in Pausch und Bogen behandelt worden, so trägt der Uebernehmer den zufälligen Untergang einzelner Stücke, wenn anders hierdurch das Ganze nicht über die Hälfte am Werthe verändert worden ist.

1) Hinsichtlich der Frage, wer den Schaden zu tragen habe, welcher die vertauschte Sache in der Zeit zwischen der Abschließung des Vertrages und der Uebergabe des Tauschobjectes trifft, kömmt vor Allem zu unterscheiden, ob eine bestimmte Zeit zur Uebergabe bedungen wurde, oder nicht (§. 1051).

2) Wurde im ersten Falle, vor Ablauf dieser Zeit die Sache durch Verbot außer Verkehr gesetzt, so ist die Leistung unmöglich geworden; es ist daher schon nach §. 880 eben so viel, als ob man den Vertrag gar nicht geschlossen hätte, und der Tauschende muß dasjenige, was er von dem Gegentheile etwa schon erhalten hat, nach §. 1447 zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Andern keinen Gewinn zieht.

3) Ist die zu übergebende Sache durch Zufall gänzlich zu Grunde gegangen, so erlischt ebenfalls nach §. 1447 jede Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten; der Tausch ist also für nicht geschlossen anzusehen und hinsichtlich der Rückstellung des bereits Empfangenen gilt das oben unter Z. 2 Gesagte.

4) Dieselben Grundsätze läßt das Gesetz nach der Analogie des §. 934 auch dann gelten, wenn die vertauschte Sache zufälliger Weise über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet wurde.

5) Ist die Sache nicht in dem Maße verschlimmert oder nur belastet worden, so trifft ein solcher Zufall (§. 1311) den Besitzer, da er noch immer Eigenthümer der vertauschten Sache ist (§. 1045); er muß also entweder für die eingetretene Verschlimmerung Ersatz leisten oder sich mit einem verhältnißmäßig verringerten Entgelte begnügen. Eine Ausnahme hiervon tritt nur dann ein, wenn Sachen in Pausch und Bogen behandelt wurden, weil hier das Ganze (z. B. die Heerde) den Gegenstand des Vertrages bildet, und im Begriffe des Ganzen der einzelne Bestandtheil verschwindet (s. oben S. 107 d. W.).

6) Erfolgte der Untergang oder die Verschlimmerung der vertauschten Sache nicht aus Zufall, sondern durch ein Verschulden des Uebergebers, so hat er nach allgemeinen Grundsätzen dafür zu haften (§§. 1047 und 1295). Jedenfalls muß aber zu Folge eines Schlusses a majori ad minus angenommen werden, daß der Gegentheil den Vertrag als nicht geschlossen ansehen könne, wenn die Sache gänzlich oder über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet wurde.

7) Ist die bedungene Zeit der Uebergabe nicht eingehalten worden und erst nach Ablauf derselben eine Verschlimmerung eingetreten, wie sie die §§. 1048 und 1049 voraussetzen, so haftet jeder Theil für die Folgen der aus seinem Verschulden hervorgegangenen Verzögerung, gleichwie er den in seiner Person sich ereignenden Zufall zu tragen hat.

8) Die bisher erörterten Vorschriften kommen nur dann zur Anwendung, wenn der Gegenstand des Tausches eine individuelle bestimmte Sache (eine species) ist; war sie bloß der Gattung nach (z. B. ein Pferd), oder durch Zahl, Maß oder Gewicht (der Quantität nach, z. B. zehn Metzen Getreide) bestimmt, so kann von einer Verschlimmerung oder einem Untergange derselben eigentlich gar keine Rede sein; der Tauschende bleibt also jedenfalls zur Leistung verpflichtet, wenn auch diejenige Sache, die er eben zur Erfüllung des Tauschvertrages bestimmt, aber noch nicht übergeben hatte, zu Grunde ging oder verschlimmert wurde.

§. 1050.

Dem Besitzer gebühren die Nutzungen der vertauschten Sache bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie, sammt dem Zuwachse, dem Uebernehmer, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist. und der Nutzungen vor der Uebergabe.

1) Da der Tauschende so lange Eigenthümer der vertauschten Sache bleibt, bis die Uebergabe derselben erfolgte, so ist es ganz folgerichtig, daß er, so wie ihn einerseits die Gefahr des Unterganges trifft, anderseits allen aus der Sache entstehenden Nutzen für sich in Anspruch nehmen kann, zumal seine Verpflichtung nur dahin geht, die Sache in dem Zustande zu übergeben, in welchem sie sich beim Abschlusse des Vertrages befunden hat. Der Vertauschende ist demnach berechtiget, a) die natürlichen Früchte von der Sache abzusondern, also das Gras abzumähen, das Obst zu pflücken u. dgl.; b) die Nutzungen zu beziehen, wenn sie noch vor der Uebergabe fällig werden, d. h. wenn die durch Vertrag oder durch das Gesetz bestimmte Zeit ihrer Entrichtung eintritt. Dieß gilt ohne weitere Beschränkung von jenen Nutzungen, welche sich nur bei gewissen eintretenden Ereignungen oder Handlungen ergeben, z. B. den Veränderungsgebühren. Bei den fortlaufenden Nutzungen dagegen, die eigentlich von Moment zu Moment gebühren, aber natürlicher Weise nur in gewissen Zeitabschnitten eingehoben werden können, dürfte die Analogie des §. 519 zur Anwendung kommen; sie müssen also pro rata temporis zwischen dem Vertauschenden und seinem Compaciscenten getheilt werden: hätte sie demnach Jener in vorhinein bezogen, so muß er sie verhältnißmäßig seinem Nachfolger herausgeben; werden sie erst nach der Uebergabe fällig, so kann er dagegen von diesem einen entsprechenden Antheil fordern. Der Vertauschende ist weiter c) berechtiget, den in der Zwischenzeit entstandenen Zuwachs von der Sache zu trennen und für sich zu behalten, wenn aber eine solche Trennung — wie z. B. bei dem angespülten Lande — nicht möglich wäre, eine angemessene Erhöhung des ihm zugesicherten Entgeltes zu verlangen.

2) Ob die bedungene Zeit der Uebergabe eingehalten wurde oder nicht, ist in Beziehung auf die eben entwickelten Rechtsverhältnisse von keinem Einflusse. Früchte, Nutzungen und Zuwachs gebühren von diesem Zeitpunkte an dem Unternehmer, mag die Verzögerung der Uebergabe durch

Zufall oder durch das Verschulden eines oder des anderen Theiles herbeigeführt worden sein; allerdings trifft aber den Schuldtragenden die Pflicht des Schadenersatzes nach allgemeinen Grundsätzen.

§. 1051.

Ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen, und fällt keinem Theile ein Versehen zur Last; so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und Nutzungen (§§. 1048—1050) auf den Zeitpunkt der Uebergabe selbst anzuwenden; in so fern die Parteien nicht etwas Anderes festgesetzt haben.

1) Ist keine Zeit zur Uebergabe bedungen worden, so kann dieselbe von jedem Theile (nach §. 904) sogleich, d. h. ohne unnöthigen Aufschub gefordert werden, so fern er nur seinerseits bereits seine Verbindlichkeit erfüllt hat oder sie zu erfüllen bereit ist (§. 1052). Hinsichtlich des Ueberganges der Gefahr (§. 1049) und Nutzungen (§. 1050) entscheidet in einem solchen Falle die wirkliche Uebergabe. Hierunter scheint auch bei unbeweglichen Sachen, die einen Gegenstand der öffentlichen Bücher bilden, nicht die Eintragung in diese letzteren, sondern die Einräumung des physischen Besitzes verstanden werden zu müssen: denn der Zweck der öffentlichen Bücher geht vorzüglich dahin, das in Ansehung der darin verzeichneten Realitäten obwaltende Rechtsverhältniß dritten Personen erkennbar zu machen, während es sich hier bloß um die Interessen der Paciscenten handelt. Wurde daher die vertauschte Sache vor der Eintragung in die öffentlichen Bücher (körperlich) übergeben, so kann dieß nur zu dem Ende geschehen sein, um dem Uebernehmer früher den Genuß der Sache einzuräumen und die Gefahr der Beschädigung auf ihn zu wälzen; wird aber die Einräumung des physischen Besitzes über die Zeit der Eintragung hinausgeschoben, so kann dieß wieder nur den Sinn haben, dem Uebergeber noch weiters die Benützung der vertauschten Sache zu gestatten, in welchem Falle es aber dann auch billig ist, daß er die Gefahr derselben trage *).

2) Ist eine schuldbare Verzögerung von Seite des Uebergebers eingetreten, so müßte er die Nutzungen von dem Zeitpunkte an, da die Uebergabe hätte geschehen sollen, herausgeben; war dagegen der Empfänger saumselig, so trifft ihn von der Zeit an, da er die vertauschte Sache hätte übernehmen sollen, die Gefahr einer zufälligen Verschlimmerung derselben.

§. 1052.

Wer auf die Uebergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllet haben, oder sie zu erfüllen bereit sein.

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4. S. 256.

1) Die Verfügung des vorstehenden Paragraphen beruht auf der Natur eines entgeltlichen Vertrages, bei welchem man sich zu einer bestimmten Leistung nur wegen und unter Voraussetzung der zugesicherten Gegenleistung verbindlich macht. Es kann daher keinem der Paciscenten zugemuthet werden, die von ihm übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen, wenn er nicht von der andern Seite der Gegenleistung sicher ist.

2. Die Bereitwilligkeit zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit könnte nach Umständen durch Hinterlegung der zu leistenden Sache bei Gericht (§. 1425) oder bei einem sichern Dritten u. s. w. dargethan werden.

3) Würde ungeachtet der erfolgten Uebergabe von der einen Seite der Gegentheil mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zögern, so könnte (nach §. 919) nicht von dem Vertrage abgegangen und die bereits geleistete Sache zurückgefordert, sondern nur auf die genaue Erfüllung des Vertrages gedrungen und Ersatz begehrt werden.

Vierundzwanzigstes Hauptstück.

Von dem Kaufvertrage.

§. 1053.

Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Anderen überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln, ein Eigenthum zu erwerben. Die Erwerbung erfolgt erst durch die Uebergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Uebergabe behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht. Kaufvertrag.

1) Aller Verkehr ist Anfangs Tausch; erst durch das Hinzutreten des Geldes, als allgemeinen Tauschmittels (vgl. oben S. 178 d. W.) entsteht der Kauf (emtio venditio), welcher sich von dem Tausche darin unterscheidet, daß als Entgelt für die Ueberlassung einer Sache (der Waare, merx) eine bestimmte Summe Geldes (der Kaufpreis, pretium) entrichtet wird*). Der Kauf ist, wie der Tausch, ein sogenannter Consensual-

*) Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem ego haberem, quod tu accipere velles, electa

Vertrag; die Uebergabe der Waare, so wie die Zahlung des Kaufpreises ist nicht zur Errichtung, sondern zur Erfüllung des Kaufvertrages nothwendig; dieser gibt daher nur einen Titel zur Erwerbung des Eigenthums; die Erwerbung selbst erfolgt erst durch die Uebergabe (§§. 426—431); hat diese aber Platz gegriffen, so verschlägt es nichts, wenn auch der Kaufpreis noch nicht entrichtet wurde, wie aus §. 1063 klar erhellt. Der Verkäufer ist in einem solchen Falle nur berechtigt, auf die genaue Erfüllung des Vertrages zu dringen (§. 919), keineswegs aber die bereits übergebene Waare zurückzuforđern*).

2) Der Verkäufer behält bis zur Uebergabe das Eigenthum des verkauften Gegenstandes; veräußert er also denselben vor der Uebergabe an einen Dritten, und zwar an diesen mit Uebergabe, so geht das Eigenthum an den Letzteren über (§§. 430 u. 440), und der frühere Käufer kann höchstens von seinem Compaciscenten Entschädigung fordern. Der Verkäufer selbst muß sich aber immerhin, auch wenn die Sache noch nicht übergeben ist, in der freien Ausübung seines Eigenthumsrechtes durch den abgeschlossenen Vertrag für beschränkt erachten; er ist demnach verpflichtet die Sache bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren (§. 1061) und die Nutzungen sammt dem Zuwachse von der Zeit der bedungenen Uebergabe an den Käufer zu überlassen (§§. 1064 u. 1050).

3) Wie der Kauf sich von dem Tausche unterscheidet, ist aus dem Obigen (Z. 1) ersichtlich; wird als Entgelt theils Geld, theils eine andere Sache gegeben, so entscheidet §. 1055 über die Natur des dießfälligen Vertrages. — Der Unterschied vom Bestandvertrage liegt darin, daß bei diesem nicht das Eigenthum, sondern bloß der Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache an einen Andern übertragen wird (§. 1090). — Bei dem Lohnvertrage ist zwar auch von der einen Seite eine bestimmte Summe Geldes Gegenstand der Leistung, von der andern Seite aber nicht eine Waare, sondern eine Dienstleistung oder die Verfertigung eines Werkes (§. 1151), zu welchem der Stoff von dem Besteller geliefert wird; hätte dagegen der Arbeiter auch den Stoff (z. B. der Goldschmied das Gold zu dem verfertigten Ringe) zu liefern, so ist vielmehr ein Kauf vorhanden (§. 1158)**). — Von der Schenkung ist endlich der Kauf durch das zu leistende Entgelt (§. 938) unterschieden, wobei jedoch zu erinnern kömmt, daß eine Schenkung allerdings in einen Kaufvertrag eingekleidet werden

---

materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec altra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. fr. 1. pr. Dig. de contr. emt. (18, 1.)

*) Scheidlein (Dr. G.), Abhandlung über den Kaufvertrag nach dem a. b. G. B. u. s. w. Wien 1818. 2 Bde. I. S. 12.

**) Sabinus respondit: si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emtionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter, atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. fr. 20. D. l. c. (18, 1.) — Vgl. auch fr. 65 ibd. und fr. 2. §. 1. loc. cond. (19, 2.)

kann, in welchem Falle jedoch der §. 916 darauf angewendet werden müßte*), und daß unser G. B. im §. 935 auch von gemischten Verträgen Erwähnung macht, bei denen das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte nicht stattfindet.

4) Wenn gleich aus dem Kaufe vor erfolgter Uebergabe dem Käufer noch kein dingliches Recht auf die erkaufte Sache zusteht, so erwächst ihm doch hieraus das persönliche Recht, die Uebergabe des gekauften Gegenstandes gegen Erfüllung der verabredeten Bedingungen zu verlangen. Dieses Recht, das sogenannte Kaufrecht, kann von dem Käufer, wie andere veräußerliche Rechte (§. 1393) an einen Dritten abgetreten werden, und daher auch (nach §. 448) als Pfand dienen**). Bezieht sich das Kaufrecht auf eine unbewegliche Sache, so pflegt es auch in die öffentlichen Bücher eingetragen zu werden, um es in seiner Wirksamkeit zu sichern. Ausdrücklich ist nun freilich die Statthaftigkeit dieser Eintragung in unserm b. G. B. nicht ausgesprochen; daher auch vielfache Meinungsverschiedenheit darüber herrscht (vgl. die in der Anmerkung angeführten Aufsätze). Uns scheinen die Bestimmungen der §§. 1070, 1071, 1073 und 1095 über die Eintragung des Wiederkaufsrechtes, des Rückverkaufsrechtes, des Vorkaufsrechtes und des Bestandrechtes eine hinreichende Analogie darzubieten, um die fragliche Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht als unstatthaft zu verwerfen; nur muß man sich über die Wirkungen dieser Eintragung klar zu werden versuchen. Es wird dadurch nach unserer Meinung weder ein bedingtes Eigenthumsrecht erworben, wie es allenfalls durch die Pränotation des Kaufvertrages (§. 438) geschehen kann — noch ein Pfandrecht, welches nur durch die gerichtliche Veräußerung der gepfändeten Sache (§. 461) realisirt werden könnte, während der Käufer nicht diese, sondern vielmehr die Uebergabe des erkauften Gegenstandes erlangen will; es begründet eben so wenig eine Dienstbarkeit, weil Letztere niemals zur Aufhebung des Eigenthums der dienstbaren Sache führen kann — es wird endlich dadurch auch das Kaufrecht nicht in ein dingliches verwandelt***), denn in welche Kategorie der dinglichen Rechte sollte es eingereiht werden? — sondern es wird dadurch nur bewirkt, daß es nach Art der dinglichen Rechte geltend gemacht

---

*) Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emtio in sui deficit substantia. const. 3. Cod. de contr. emt. (4, 38.)

**) Von dieser Ansicht ausgehend, hat der k. k. oberste Gerichtshof mit Entschließung v. 16. Mai 1855, Z. 4833 in einem in der a. ö. Ger. Ztg. 1856 Nr. 10 dargestellten Rechtsfalle die Pfändung eines dem Executen zustehenden Kaufrechtes bewilligt. Wie diese Pfändung vorzunehmen sei, ist ein Gegenstand, der hier nicht weiter zu erörtern kömmt, da er in das Gebiet des gerichtlichen Verfahrens gehört. — Vgl. übrigens L. Staudinger: über die Execution eines in die öffentlichen Bücher eingetragenen Kaufrechtes (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1832. I. S. 1 u. ebd. 1833. I. S. 332); dann Dr. J. Edl. v. Kremer: über die Execution des Kaufrechtes (ebd. 1832. II. S. 95.). — Anderer Meinung ist D. Edl. v. Ordacki in dem Aufsatze: Ist es wirklich wahr, daß eine Execution des Kaufrechtes nach der österreichischen Gerichtsverfassung Statt findet? (ebd. 1833. I. S. 342.)

***) Es scheint uns daher auch nicht richtig, wenn die §§. 1073 u. 1095 sich ähnlicher Ausdrücke bedienen.

werden könne, d. h. daß auch der nachfolgende Besitzer, an den die Sache übergegangen ist, sich die Ausübung desselben gefallen lassen müsse (§§. 1070 u. 1095). Ganz richtig scheint es uns daher, daß die Eintragung nicht im Gewerbuche (oder nach Art einer bedingten Aufzeichnung als Eigenthumsrecht), sondern im Satzbuche, als eine auf der Sache haftende Last erfolge.

§. 1054.

Erfordernisse des Kaufvertrages.

Wie die Einwilligung des Käufers und Verkäufers beschaffen sein müsse, und welche Sachen gekauft und verkauft werden dürfen; dieses wird nach den Regeln der Verträge überhaupt bestimmt. Der Kaufpreis muß in barem Gelde bestehen, und darf weder unbestimmt, noch gesetzwidrig sein.

1) Daß zur giltigen Abschließung eines Kaufvertrages die wahre Einwilligung des Käufers und Verkäufers erforderlich sei, folgt schon aus §§. 861, 869 u. ff., und eben so ist die Fähigkeit der Paciscenten nach den allgemeinen Bestimmungen der §§. 865—868 zu beurtheilen.

2) Das weitere Erforderniß der Möglichkeit der Leistung (§. 878) bringt es mit sich, daß die verkaufte Sache im Verkehre stehen müsse, und daß die Leistung derselben möglich und nicht geradezu unerlaubt sei, worüber die Erläuterung bei §§. 878—880, dann bei §. 355 gegeben wurde *).

Im Uebrigen können sowohl körperliche als unkörperliche, nur der Gattung nach oder individuell bestimmte, Gesammt- wie Einzel-Sachen Gegenstand des Kaufvertrages sein. — Bei dem Verkaufe von Rechten kommen die Bestimmungen der §§. 1392—1399 zur Anwendung, und ist nur insbesondere hier zu erwähnen, daß auch Gewerbsrechte und Industrieprivilegien unter den, in den politischen Gesetzen darüber enthaltenen Beschränkungen veräußert werden können. — Bei der Veräußerung einer Gesammtsache ist zu unterscheiden, ob der Preis überhaupt für das Ganze in Pausch und Bogen (§§. 930 u. 1049) oder nach dem

---

*) Nach der Reichs-Pol.-Ordg. v. 1577. Tit. 19. §. 3 war der Verkauf der Früchte auf dem Halme nur in so fern erlaubt, als der Käufer dafür den wahren Werth gibt, den sie zur Zeit des Kaufes oder vierzehn Tage nach der Ernte haben. — In Oesterreich hatte ein an das galiz. Landesgub. erflossenes Hfd. v. 30. Jänner 1807 (pol. G. S. Bd. 28, S. 20) alle Verträge, welche mit Unterthanen auf eine künftige Ernte oder einen Theil derselben geschlossen werden, für nichtig erklärt, jene aber, deren Gegenstand die noch auf dem Felde stehende Erzeugnisse sind, nur unter gewissen Bedingungen gestattet. Eine ober-österr. Regierungs-Verordnung v. 8. Juni 1796 erwähnt dieser Beschränkungen ebenfalls, wogegen ein Hfkzld. v. 21. Jänner 1808 bestimmt, daß es von der Kundmachung des in Galizien erlassenen Circulares wegen des Verbotes, daß die Feldfrüchte nicht auf dem Felde stehend verkauft werden sollen, in Niederösterreich abzukommen habe. Gegenwärtig dürfte bei der unter dem 7. September 1848 erfolgten Aufhebung des Unterthansverbandes von der Anwendung dieser Vorschriften ohnehin keine Rede mehr sein.

Maaße bestimmt wurde. Im letzteren Falle muß der eigentliche Gegenstand des Kaufes erst durch Abmessung, Abzählung oder Abwägung ausgemittelt werden*). Verschieden hievon ist der Fall, wenn eine, nicht individuelle, sondern der Gattung nach bestimmte Sache (ein genus) z. B. zehn Metzen Getreide, behandelt wurde**). Hier ist die Quantität des zu überliefernden Gegenstandes bereits bekannt und die Ausscheidung aus dem Ganzen gehört nicht zur Abschließung des Vertrages, sondern bildet nur eine Vorbereitung zur Erfüllung desselben. — Der Kauf einer Erbschaft ist insbesondere in den §§. 1278—1283 normirt. — Wurde der Kaufgegenstand alternativ festgesetzt, so kommen die Vorschriften der §§. 906 und 907 (s. oben S. 84 d. W.) zur Anwendung. — Ist die Sache, welche verkauft wird, zur Zeit des abgeschlossenen Kaufvertrages nicht mehr vorhanden (z. B. das verkaufte Haus ohne Wissen des Käufers abgebrannt), so mangelt es an einem wesentlichen Bestandtheile des Kaufvertrages (nämlich dem Kaufgegenstande), dieser ist daher als nicht abgeschlossen anzusehen***), und der Verkäufer hat überdieß nach §. 923 Gewähr zu leisten. War die Sache nur theilweise zu Grunde gerichtet, so dürfte nach der Analogie des §. 1048 der Kauf bloß dann als nicht geschlossen anzusehen sein, wenn der Werth der Sache über die Hälfte vermindert wurde; jedenfalls aber müßte, auch bei geringeren Beschädigungen, die Gewährleistung, eben wieder nach §. 923, Platz greifen†). Bei dem Kaufe einer noch nicht vorhandenen Sache kommen die §§. 1275 und 1276 zur Anwendung. — Den Verkauf einer fremden Sache hält Scheidlein††) für giltig, weil auch fremde Sachen im Verkehre stehen, und von dem Verkäufer dem Käufer überlassen werden können, wenn auch der Käufer das Eigenthum derselben mit Ausnahme der Fälle des §. 367 nicht erlangt. Nippel†††) ist dagegen der Ansicht, daß ein solcher Kauf ungiltig sei, weil fremde Sachen zwar nicht dem Verkehre im Allgemeinen, wohl aber dem Verkehre desjenigen entzogen seien, welcher damit zu schal-

---

*) Fr. 35. §§. 5 u. 6. Dig. l. c. (18, 1).

**) In dem früher besprochenen Falle müßte dagegen die Verabredung etwa so gelautet haben: ich kaufe das ganze in der Scheuer A befindliche Getreide, und bezahle 10 fl. für den Metzen, wogegen ein Kauf in Pausch und Bogen vorhanden ist, wenn für das genannte Getreide, ohne die Menge desselben vorläufig zu bestimmen, eine Summe von 2000 fl. gegeben würde.

***) Scheidlein, a. a. O. I. 106.

†) Domum emi, quum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Cassius: nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse, ajunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumtae permaneat, ut, siquidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetat. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor, venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur. fr. 57. pr. Dig. l. c. (18, 1); s. auch fr. 58 ibd.

††) A. a. O. I. 110.

†††) Erläut. Bd. 7. S. 166.

ten nicht befugt ist, und weil der Zweck des Käufers offenbar dahin geht, das Eigenthum der gekauften Sache an sich zu bringen, der Verkäufer daher stillschweigend verspreche, die verkaufte Sache in das Eigenthum des Käufers zu übertragen. Wir glauben nichts desto weniger, daß die Meinung Scheidlein's die richtigere sei, weil sonst die Begriffsbestimmung des Kaufes im §. 1053 anders hätte gefaßt werden müssen, als sie lautet*), insbesondere aber, weil der Kauf und Verkauf im §. 1461 als Titel zur Ersitzung aufgeführt ist, was nicht hätte geschehen können, wenn der Verkauf einer fremden Sache ungiltig wäre**). Wohl aber wird, wenn nicht der Fall des §. 929 eintritt, der Verkäufer einer fremden Sache nach §. 923 zur Gewährleistung verpflichtet erscheinen; und wenn er in der Folge das Eigenthum der Sache (z. B. durch Beerbung des Eigenthümers) erwirbt, den Vertrag erfüllen müssen***). — Seine eigene Sache endlich kann Niemand kaufen, wie sich aus der Begriffsbestimmung des Kaufes ergibt†).

3) Wie der Kaufpreis beschaffen sein müsse, ist in den folgenden §§. 1055—1060 enthalten.

§. 1055.

Der Kaufpreis muß a) in barem Gelde bestehen;

Wird eine Sache theils gegen Geld, theils gegen eine andere Sache veräußert; so wird der Vertrag, je nachdem der Werth am Gelde mehr oder weniger, als der gemeine Werth der gegebenen Sache beträgt, zum Kaufe oder Tausche, und bei gleichem Werthe der Sache, zum Kaufe gerechnet.

1) Der Kaufpreis muß zuvörderst in barem Gelde bestehen, denn nur dadurch unterscheidet sich der Kauf vom Tausche oder andern ungenannten Verträgen. Als bares Geld dürfte aber unseres Erachtens bloß klingende Münze und Papiergeld (s. oben S. 181 d. W.) zu verstehen sein, und wir können daher der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 7. S. 171) und Winiwarter's (bürgl. Recht. Bd. 4. S. 262) nicht beipflichten, wenn dieselben behaupten, daß die Zahlung des Kaufpreises auch in Obligationen bedungen werden könne, wofern diese nur nach einem bestimmten Werthe gegeben und angenommen würden, denn sie sind im eigentlichen Sinne des Wortes nicht einmal Geld (s. oben S. 179 d. W.), um so viel weniger bares Geld; und die ausnahmsweise Bestimmung des §. 990, daß sie zu

*) Etwa: der Kauf ist ein Vertrag, durch welchen Jemand seine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überläßt, u. dgl.

**) Auch im fr. 28. Dig. l. c. (18, 1) heißt es: Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emtio est et venditio; sed res emtori aufferri potest.

***) Si quis alienam rem vendiderit, et medio tempore heres domino rei exstiterit, cogitur implere venditionem. fr 46. Dig. de act. emt. (19, 1.)

†) Suae rei emtio non valet, sive sciens, sive ignorans emi. fr. 16. pr. Dig. l. c. (18, 1.)

Gelddarleihen verwendet werden können, läßt sich nicht auf andere Fälle ausdehnen; das Gesetz unterscheidet vielmehr ausdrücklich zwischen Geld überhaupt und barem Gelde insbesondere (§. 658), so wie zwischen barem Gelde und öffentlichen Schuldscheinen (§§. 371 u. 677) und zählt zur Barschaft bloß diejenigen öffentlichen Creditspapiere, welche im Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten (§. 680).

2) Wird der Preis theils in barem Gelde, theils in anderen Sachen entrichtet, so entscheidet der Umstand, ob der Werth des Geldes den der andern Gegenstände überwiegt*), bei gleichem Werthe aber wird ein Kauf angenommen, weil dieser nach unsern gegenwärtigen Verkehrsverhältnissen bei Weitem gewöhnlicher ist, als der Tausch; doch stellt sich der Unterschied ohnedieß nur in den seltensten Fällen (etwa wenn die als Entgelt zugesicherte Sache außer Verkehr gesetzt würde) als praktisch wichtig dar.

§. 1056.

Käufer und Verkäufer können die Festsetzung des Preises auch einer dritten bestimmten Person überlassen. Wird von dieser in dem bedungenen Zeitraume nichts festgesetzt; oder will im Falle, daß kein Zeitraum bedungen worden ist, ein Theil vor der Bestimmung des Preises zurück treten; so wird der Kaufvertrag als nicht geschlossen angesehen. b) bestimmt;

§. 1057.

Wird die Bestimmung des Preises mehreren Personen überlassen, so entscheidet die Mehrheit der Stimmen. Fallen die Stimmen so verschieden aus, daß der Preis nicht einmal durch wirkliche Mehrheit der Stimmen festgesetzt wird; so ist der Kauf für nicht eingegangen zu achten.

1) Der Kaufpreis muß ferner bestimmt sein**). Gewöhnlich wird die Bestimmung durch die Contrahenten selbst vorgenommen, sie kann aber auch Einer oder mehreren dritten Personen überlassen werden, doch muß diese dritte Person selbst, sei sie nun eine physische oder eine juristische (z. B. eine Innung, eine Gewerkschaft, eine Facultät), genau bezeichnet und individuell bestimmt sein, es wäre daher nicht genügend, wenn bloß

---

*) Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias; si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intelligitur emtio et venditio facta, ut et Neratius scripsit. fr. 6. §. 1. Dig. de act. emt. (19, 1.)

**) ... certum pretium esse debet. §. 1. Inst. de emt. et vend. (3, 24). — Illud constat, imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: *quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.* fr. 35. §. 1. Dig. l. c. (18, 1).

einem Verwandten oder einem Sachverständigen im Allgemeinen u. dgl. die Festsetzung des Preises überlassen würde. Ist eine juristische Person dazu berufen, so hat dasjenige Organ (z. B. die Innungsvorstände), welche überhaupt dieselbe zu vertreten bestimmt ist, und zwar in der Weise den Ausspruch zu thun, in welcher auch sonst die gesellschaftlichen oder corporativen Angelegenheiten besorgt werden. Sind mehrere (physische und juristische) Personen mit der Festsetzung des Preises beauftragt worden, so dürfte zuvörderst nach der Analogie des §. 1011 die Mitwirkung Aller*) zur Giltigkeit der Entscheidung erforderlich sein; sohin aber die absolute Mehrheit der Stimmen**) entscheiden; wie aus dem Beisatze „wirklich" im Schlußsatze des §. 1057 hervorzugehen scheint, da dieses Beiwort in unserm Gesetze immer eine gewisse Verstärkung andeutet***).

2) Im Allgemeinen ist sohin weiter darauf zu sehen, ob eine bestimmte Zeit bedungen wurde, binnen welcher die Festsetzung des Kaufpreises erfolgen muß, oder nicht. Im letzteren Falle ist, da der Kauf vor Bestimmung des Preises nicht perfect ist, nach der Analogie des §. 936 über vorbereitende Verträge, im Gesetze angeordnet, daß jeder Theil vor der Bestimmung des Preises zurücktreten kann, und der Kaufvertrag sohin als nicht geschlossen angesehen wird. Ist dagegen ein bestimmter Zeitraum bedungen worden, so wird nur die Perfection des Kaufvertrages hinausgeschoben, die Parteien sind aber allerdings verpflichtet, den bedungenen Zeitraum abzuwarten und können vor Ablauf desselben nicht zurücktreten; erst wenn innerhalb der festgesetzten Frist keine Bestimmung des Preises erfolgt, weil der dazu berufene Dritte sich dem ihm gewordenen Auftrage nicht unterziehen kann oder will †), oder wenn, da die Bestimmung des Preises mehreren Personen überlassen wurde, keine (absolute) wirkliche Mehrheit der Stimmen

---

*) Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4, S. 264. — Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 176) unterscheidet, ob die Stimme des Abwesenden einen andern Beschluß hätte zur Folge haben können, oder nicht. Wir meinen aber, dieß lasse sich eben niemals beurtheilen, denn es ist immerhin möglich, daß gerade die Aeußerungen desjenigen, der nicht mitgeredet hat, vielleicht auch die Andern zu einem abweichenden Spruche bestimmt hätten.

**) Winiwarter, a. a. O. S. 265. — Nippel (a. a. O. S. 175) hält die relative Stimmenmehrheit für genügend; allein die Analogie aus der Instruction für die Abstimmung der Gerichtsstellen dürfte hier um so weniger stichhältig sein, als die zum Ausspruche Berufenen nicht als Schiedsrichter, sondern nur als Schiedsmänner (vgl. §§. 835, 841 u. s. w.) angesehen werden können; der Ausdruck „nicht einmal" im Schlußsatze des §. 1057 scheint aber den Gegensatz zu Stimmen-Einhelligkeit anzudeuten, und deßhalb nicht am unrechten Orte angebracht zu sein.

***) Vgl. §§. 46, 68, 195, 252, 332, 1330 u. a.

†) Super rebus venumdandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus, quam decidentes sancimus, cum hujusmodi conventio super venditione procedat: *quanti ille aestimaverit,* sub hac conditione stare venditionem, ut, siquidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire.... Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto . . . Const. ult. Cod. de contr. emt. (4, 38.)

erzielt werden kann, ist der Kauf als nicht eingegangen zu achten. Erfolgt dagegen die Bestimmung des Preises, so haben sich die Parteien daran zu halten und können nur das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte geltend machen (§. 1060).

§. 1058.

Auch der Werth, welcher bei einer früheren Veräußerung bedungen worden ist, kann zur Bestimmung des Preises dienen. Hat man den ordentlichen Marktpreis zum Grunde gelegt, so wird der mittlere Marktpreis des Ortes und der Zeit, wo und in welcher der Vertrag erfüllet werden muß, angenommen.

1) Es wird ferner als eine genügende Bestimmung des Preises angesehen, wenn der bei einer früheren Veräußerung bedungene Preis zur Grundlage genommen wurde*). Sollte sich jedoch dieser letztere nicht ermitteln lassen, oder zeigte sich, daß damals gar kein Preis entrichtet (die Sache unentgeltlich übertragen) wurde, so mangelt es an einem wesentlichen Bestandtheile des Kaufvertrages (§. 1053), dieser ist daher als nicht geschlossen anzusehen**).

2) Wird der Marktpreis einer Waare von den Parteien als Maßstab angenommen (was z. B. bei Getreide u. dgl. zu geschehen pflegt), so ist auf den Ort und die Zeit der Erfüllung, nicht der Abschließung des Vertrages zu sehen. Ein solcher Marktpreis wird sich aber immer und überall ermitteln lassen, da hierunter unseres Erachtens nur (im Gegensatze zum Erzeugungspreise) derjenige Preis zu verstehen ist, der sich durch das Verhältniß der Nachfrage zum Angebote herausstellt, ohne daß die Abhaltung eines Marktes im engeren Sinne vorausgesetzt zu werden braucht***).

---

*) Hujusmodi emtio: *quanti tu eum emisti*, vel: *quantum pretii in arca habeo,* valet; nec enim incertum est pretium in tam evidenti venditione. fr. 7. §. 1. Dig. l. c. (18, 1).

**) Si quis fundum jure hereditario sibi delatum ita vendidisset: *erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est,* mox inveniatur non emtus, sed donatus testatori, videtur quasi sine pretio facta venditio, ideoque similis erit sub conditione factae venditioni, quae nulla est, si conditio defecerit. fr. 37. Dig. l. c. (18, 1.)

***) Eine ganz eigenthümliche Bestimmung des Preises kömmt bei dem Weinhandel in Tyrol vor (Versuch einer Abhandlung über die in Tyrol übliche Art des Weinhandels auf den Jacobipreis von Joseph von Zallinger. Innspruck 1834). Der nordtyrolische Abnehmer übernimmt dabei eine bestimmte Quantität Weines, welche der Weinhändler ihm gleich übergibt oder zur Disposition stellt. Die Bestimmung des Weinpreises wird einem um Jacobi künftigen Jahres zu treffenden wechselseitigen Uebereinkommen vorbehalten. Ebenso überläßt der Producent sein Product an den Weinhändler. Dieser verspricht ihm dafür einen bestimmten, verhältnißmäßigen Theil desjenigen Weinpreises, den er seiner Zeit selbst von dem nordtyrolischen Abnehmer erhalten wird, und übergibt ihm außerdem noch einen baren Vorschuß, der zwar bei

§. 1059.

c) nicht gesetzwidrig sein.

Wenn für Waaren eine Taxe besteht, so ist der höhere Preis gesetzwidrig und der Käufer kann für jede noch so geringe Verletzung die Schadloshaltung bei der politischen Behörde fordern.

1) Der Kaufpreis darf endlich auch nicht gesetzwidrig sein. Im Allgemeinen nimmt nun zwar die Gesetzgebung, nach richtigen national-ökonomischen Grundsätzen, auf die Bestimmung des Preises der Waaren keinen Einfluß. Eine Ausnahme findet aber noch bei Brot und Fleisch*), dann bei den Apothekerwaaren**) statt, rücksichtlich deren ein Maximalpreis festgesetzt wird, dessen Ueberschreitung das Recht auf Schadloshaltung begründet. Dieses wird hier nicht bei Gerichte, sondern bei den politischen Behörden geltend gemacht, da ihnen die Feststellung der Satzungen, so wie die Ueberwachung der dießfälligen Vorschriften, und zum Theile auch die Bestrafung der bezüglichen Uebertretungen zugewiesen ist***).

2) Aehnlich hiemit ist die Bestimmung des sogenannten Normalpreises bei verkäuflichen Gewerben, über welchem diese ebenfalls nicht hindangegeben werden dürfen †).

§. 1060.

Außer diesem Falle kann der Kauf sowohl von dem Käufer als Verkäufer nur wegen Verletzung über die Hälfte

---

der Abrechnung in Abzug gebracht, aber in keinem Falle (auch wenn der Jacobipreis niedriger ausfiele) zurückerstattet wird. Der Verf. der obgenannten Schrift hält diese Verträge nicht für Kaufverträge; dagegen der Recensent (in d. Zeitsch. f. öst. Rechtsgel. 1834. III. S. 270) sie nach der Analogie der §§. 885, 1056 u. 1057 als Kauf unter einer auflösenden Bedingung (daß nämlich zu Jakobi ein neuerliches Uebereinkommen getroffen werde) betrachtet, welche Ansicht auch uns die richtige scheint.

*) S. mein Handbuch der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde. 2. Auflage. §. 339. Bd. 2, S 160.

**) S. das o. a. Handbuch. §. 305. Bd. 2, S. 70.

***) S. das o. a. Handbuch. §. 339. Bd. 2, S. 163.

†) Schon die Vdg. v. 15. März 1782 (Kropatscheck'sche G. S. Bd. 1, S. 79) bestimmte: „Wenn ein auf einem Hause radicirtes Gewerbe künftig verkauft wird, so soll das Haus und das Gewerbe besonders angeschlagen und veräußert, und der für das Gewerbe ausgefallene Kaufpreis dergestalt zur Richtschnur genommen werden, daß ein solches Gewerbe bei weiter erfolgenden Veräußerungen nie höher, als der erste Kaufpreis war, wohl aber, wenn es nach der Hand in öfters sich ereignenden Fällen wohlfeiler verkauft würde, auch unter dem ersten Kaufpreis, mithin immer in jenem Preise, in welchem es von dem letzten Besitzer erkauft worden ist, wieder hindangegeben werden könne. — Dieser Grundsatz erhielt seine weiteren Bestätigungen in den Hfd. v. 17. Juni 1791 (ebd. Bd. 3, S. 391), v. 3. Mai 1792 (ebd. Bd. 10, S. 49), v. 24. December 1793, v. 11. April 1794 (ebd. Bd. 4, S. 276); v. 1. August 1794 (ebd. Bd. 4, S. 818) u. 20. Februar 1795; v. 1. Juli 1803, Nr. 615 d. J. G. S. u. v 5. November 1831, Nr. 2534 ebd. — Vgl. Kopetz, allgem. öst. Gewerbs-Gesetzkunde. Wien 1829, §. 119 u. mein Handbuch der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde. §. 487. Bd. 2, S. 479.

bestritten werden (§§. 934 und 935). Diese Beschwerde findet auch dann Statt, wenn der Ausspruch des Kaufpreises einem Dritten überlassen worden ist.

Der vorstehende Paragraph ist hauptsächlich dazu bestimmt, den Zweifel zu beheben, der etwa darüber entstehen könnte, ob das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte auch dann statthaft sei, wenn die Festsetzung des Preises nicht von den Parteien selbst ausging, sondern durch den Ausspruch einer dritten Person erfolgte.

§. 1061.

Der Verkäufer ist schuldig, die Sache bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren, und sie dem Käufer nach eben den Vorschriften zu übergeben, welche oben bei dem Tausche (§. 1047) aufgestellt worden sind. Pflichten des Verkäufers.

Der Kauf unterscheidet sich vom Tausche nur in der Art der Gegenleistung; es gelten also in Ansehung der Uebergabe der Waare, sowohl was die Zeit, den Ort und die Art der Uebergabe als was die Gefahr und Nutzungen des Kaufgegenstandes betrifft (§. 1064), die beim Tausche (§§. 1047 und 1048—1051) entwickelten Grundsätze.

§. 1062.

Der Käufer hingegen ist verbunden, die Sache sogleich, oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen, zugleich aber auch das Kaufgeld bar abzuführen, widrigen Falls ist der Verkäufer ihm die Uebergabe der Sache zu verweigern berechtiget. und des Käufers

1) Nicht nur hinsichtlich der Uebergabe, sondern auch hinsichtlich der Uebernahme des Kaufgegenstandes und der aus einer dießfälligen Verzögerung entspringenden Gefahr sind die Vorschriften des §. 1047 beim Kaufe so wie beim Tausche anzuwenden.

2) Nach §. 1052 muß beim Tausche derjenige, der auf die Uebergabe dringen will, seine Verbindlichkeit erfüllt haben, oder sie zu erfüllen bereit sein. Dieß gilt gleichmäßig vom Verkäufer; und auch der Käufer kann (nach dem Schlußsatze des §. 1062) auf die Uebergabe des erkauften Gegenstandes in der Regel erst dann dringen, wenn er zugleich das Kaufgeld bar abführt. Sollte der Verkäufer in der Uebernahme desselben säumig sein, so stünde dem Käufer bevor, den Kaufpreis nach der Weisung des §. 1425 gerichtlich zu hinterlegen.

3) Eine Ausnahme von diesem Grundsatze tritt nur dann ein, wenn ein Kauf auf Borg geschlossen wurde, d. h. wenn der Verkäufer sich (ausdrücklich oder stillschweigend) erklärt, die Sache übergeben zu wollen, ohne auf sogleiche Auszahlung des Kaufschillings zu dringen, sondern wenn diese durch das Einverständniß der Parteien auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben wird.

§. 1063.

Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben; so ist die Sache auf Borg verkauft, und das Eigenthum derselben geht gleich auf den Käufer über.

1) Der Kauf kann, wie schon oben angedeutet wurde, sowohl ausdrücklich als stillschweigend auf Borg geschlossen werden. Letzteres ist der Fall, wenn die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben wird, da eben nach §. 1062 die Uebergabe verweigert werden könnte, wofern nicht zugleich die Auszahlung des Kaufpreises erfolgt. Hierbei muß aber vorausgesetzt werden, daß die Uebergabe in der Absicht geschehen sei, das Eigenthum der Waare auf den Käufer zu übertragen. Hätte also Jemand die in einem Kaufladen behandelte und noch nicht bezahlte Waare ohne Einwilligung des Verkäufers mit sich genommen *), oder hätte er sie sich ins Haus senden lassen, mit dem Versprechen, dem Ueberbringer sogleich den Kaufpreis zu behändigen, dieß aber nicht gethan, so würde der Verkäufer noch immer berechtigt sein, die Sache zurückzufordern, und das Eigenthum derselben geht nicht eher auf den Käufer über, als bis er den Kaufpreis bezahlt hat, oder dieser ihm insbesondere geborgt worden ist. Das Gleiche müßte behauptet werden, wenn Jemandem eine nicht bestellte Waare zur Einsicht und Auswahl (z. B. neu angekommene Bücher von einem Buchhändler) mit dem Preisverzeichnisse übermittelt wird, und der Empfänger erklärt, sie um den angebotenen Preis behalten zu wollen. Auch hier ist die Uebersendung noch nicht als eine stillschweigende Willenserklärung anzusehen, den Kauf auf Borg zu schließen; sie geschieht nicht in der Absicht, auch ohne Berichtigung des Preises sogleich das Eigenthum der Waare auf den Käufer zu übertragen, sondern nur, damit er die Waaren einsehe und unter denselben wähle **).

2) Ist der Kauf — ausdrücklich oder stillschweigend — auf Borg geschlossen worden, so geht das Eigenthum der übergebenen Waare sogleich auf den Käufer über, und der Verkäufer hat gegen diesen nur ein persönliches Recht, die Auszahlung des Kaufschillings zu fordern ***). Bräche daher über das Vermögen des Käufers, bevor er den

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 183.

**) Nippel, a. a. O.

***) Nach römischem Rechte geht das Eigenthum der verkauften Sache, selbst nach erfolgter Uebergabe, nicht eher auf den Empfänger über, als bis er den Kaufpreis bezahlt oder sichergestellt hat, es wäre denn auf Credit gehandelt worden. Venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est,

Kaufschilling berichtiget hat, der Concurs aus, so könnte der Verkäufer die, wenn gleich noch vorhandene Sache nicht als sein Eigenthum in Anspruch nehmen, und müßte sich mit seiner Kaufschillingsforderung in die entsprechende Classe verweisen lassen *). Wohl aber bleibt es dem Verkäufer unbenommen, sich das Eigenthum der verkauften Sache selbst nach erfolgter Uebergabe so lange vorzubehalten, bis er mit seiner Kaufschillingsforderung befriediget ist; nur würde dritten Personen gegenüber, wie sich von selbst versteht, ein solcher Vorbehalt bloß unter den im §. 367 aufgeführten Beschränkungen wirksam sein **).

§. 1064.

In Rücksicht der Gefahr und Nutzungen einer zwar gekauften, aber noch nicht übergebenen Sache gelten die nämlichen Vorschriften, die bei dem Tauschvertrage gegeben worden sind (§§. 1048—1051). Gefahr und Nutzen des Kaufgegenstandes.

Rücksichtlich der Gefahr und der Nutzungen der verkauften Sache gelten auch beim Kaufe die oben (§§. 1048—1051, S. 240 d. W.) erörterten Grundsätze ***).

---

statim rem emtoris fieri. §. 41. Inst. de rer. div. (2, 1). — Quod vendidi [et tradidi] non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione. fr. 19. Dig. l. c. (18, 1).

*) Daß der Kaufschilling auch nicht einmal ein gesetzliches Pfandrecht auf das veräußerte Gut genieße, haben wir bereits Bd. 2, S. 29 d. W. darzuthun versucht. In diesem Sinne verfügt auch das Hfd. v. 18. December 1845, Nr. 916 der J. G. S.: daß, nachdem zu Folge der bestehenden Civilgesetzgebung der Vorrechtsanspruch nicht mehr besteht, welcher nach dem italienischen Civilcodex dem Verkäufer eines unbeweglichen Gutes rücksichtlich des nicht bezahlten Preises desselben zustand, das Recht und die Pflicht der Hypothekenbewahrer, die Inscription in Gemäßheit der Art. 6 und 70 des italienischen Hypotheken-Reglements vom 19. April 1806 von Amtswegen vorzunehmen aufgehört habe; daß es aber den Verkäufern unbenommen bleibe, sich rücksichtlich der Zahlung des Kaufschillings durch die von ihnen selbst auf die Güter der Käufer zu erwirkende Inscription sicher zu stellen. — Vgl. übrigens den in der allg. öst. Ger. Ztg. 1855 Nr. 29 mitgetheilten Rechtsfall.

**) Die Frage, wer den Beweis der Bezahlung des Kaufschillings nach vollzogener Uebergabe der Waare zu führen habe, gehört eigentlich in die Proceßlehre. Sie ist im entgegengesetzten Sinne beantwortet von Pratobevera (in dessen Mat. Bd. 7, S. 392) und von M. v. M. (im Juristen Bd. 4, S. 352). Uns scheint die Ansicht Pratobevera's die richtigere, vermöge welcher der Käufer, als Besitzer der Waare, wenn von Seite des Verkäufers bloß der Kauf schlechthin, nicht aber insbesondere ein Kauf auf Borg dargethan wurde, zu keiner Beweisführung rücksichtlich der Bezahlung des Kaufschillings verhalten werden kann, sondern die Last des Beweises (der nicht erfolgten Zahlung) den klagenden Käufer trifft. Man denke sich auch, welche Schwierigkeiten für den täglichen Verkehr aus der entgegengesetzten Ansicht entstünden, wenn jeder Käufer sich mit einer Quittung über den bezahlten Kaufschilling versehen müßte, um gegen ungegründete Ansprüche des Verkäufers gesichert zu sein!!!

***) Hinsichtlich der Frage, ob den Käufer einer unbeweglichen Sache der Schade auch dann schon treffe, wenn ihm dieselbe zwar physisch über-

2) Ein (gänzlicher oder theilweiser) Untergang der Sache, wie ihn die §§. 1048 u. 1059 voraussetzen, kann nur bei der Waare, nicht auch beim Kaufpreise eintreten. Da dieser nicht in einer individuell bestimmten Sache, sondern nur in einer Summe Geldes überhaupt besteht (s. oben S. 241). Würde übrigens eine Münzveränderung eingetreten sein, so daß der Käufer den Kaufschilling nicht in der bedungenen Münzsorte berichtigen könnte, so müßten wohl die §§. 988 und 989 zur Anwendung kommen, so daß der Gläubiger in den neuen Geldstücken an innerem Werthe eben so viel erhalte, als er bekommen hätte, wenn die Zahlung in den früher bestandenen Münzen geleistet worden wäre.

3) Bei dem Kaufschillinge erscheinen die Zinsen als die von demselben entfallenden Nutzungen: sie müssen daher, wenn der Kaufpreis nicht insbesondere geborgt wurde, vom Tage der Uebergabe des Kaufgegenstandes an den Verkäufer vergütet werden, da er an diesem Tage schon die Zahlung des Kaufpreises hätte fordern können (§. 1062) *). Da sie aus dem Gesetze gebühren, so müssen sie in dem Betrage von vier Percent und zwischen den von den Behörden berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten bei einer aus einem eigentlichen Handelsgeschäfte entsprungenen Schuld mit sechs Percent (§. 995) geleistet werden. Bei einem Kaufe auf Borg beginnt die Pflicht zur Zahlung der Zinsen erst mit dem Zeitpunkte,

---

geben wurde, er aber noch nicht als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, vergl. insbesondere den Aufsatz von Haimberger in d. Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1837. II. S. 345. Was die Nutzungen der verkauften Sache anbelangt, so haben wir ebenfalls darüber oben S. 241 unsere Meinung ausgesprochen. Wir können daher der Ansicht nicht beipflichten, welche in der allg. öst. Ger. Ztg. 1852, Nr. 11 bei der Darstellung eines von dem n. ö. Oberlandesgerichte in höchster Instanz entschiedenen Rechtsfalles und in Nr. 32 ebd. in einer eigenen Abhandlung aufgestellt wird. Johann F. hatte in demselben am 31. August 1849 von Henriette S. ein Haus gekauft, und war auch am nämlichen Tage in den physischen Besitz desselben getreten, so daß er nach §. 3 des Kaufvertrages von diesem Tage an alle Nutzungen zu beziehen und alle Lasten zu tragen hatte. Da aber die Verkäuferin von sämmtlichen, in dem verkauften Hause wohnenden Sommerparteien den Miethzins für die fünf Monate Mai bis Ende September bereits im Mai 1849 in vorhinein bezogen hatte, so begehrte er die Herausgabe des auf die Zeit vom 31. August bis letzten September entfallenen Miethzinses, wurde jedoch mit diesem Begehren abgewiesen. Wir meinen jedoch, daß sein Anspruch im Rechte begründet war, denn der §. 1047, auf den sich das landesgerichtliche Urtheil beruft, ist hier nicht entscheidend, sondern vielmehr der §. 1050 u. 1051, nach welchen dem Uebernehmer die Nutzungen von dem Zeitpunkte der Uebergabe an gebühren; und eben so scheint uns, wenn es schon einer Analogie bedarf, eine solche weit eher aus §. 519 als aus §. 330 hergeholt werden zu können, da Letzterer einen redlichen Besitzer voraussetzt, der sich für den (unumschränkten) Eigenthümer der Sache hält, während der Verkäufer recht wohl weiß, welche Verpflichtungen ihm dem Käufer gegenüber obliegen. Er mag sich also vorsehen, wenn er die schon anticipando bezogenen Nutzungen ganz für sich behalten will. — Vgl. auch die für unsere Ansicht sprechenden Entscheidungen der Gerichtshöfe in Nr. 20 der n. öst. G. Ztg. J. 1852.

*) Venient autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit, item usurae pretii post diem traditionis; nam quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. fr. 13. §. 20. Dig. de act. emt. (19, 1.) u. a. m.

da der creditirte Kaufschilling hätte entrichtet werden sollen, und wenn ein solcher Zeitpunkt nicht bestimmt war, nach geschehener Einmahnung von Seite des Verkäufers.

§. 1065.

Wenn Sachen, die noch zu erwarten stehen, gekauft werden; so sind die in dem Hauptstücke von gewagten Geschäften gegebenen Anordnungen anzuwenden.

Kauf einer gehofften Sache.

Wird für ein bestimmtes Maß von einem künftigen Erträgnisse (z. B. für 10 Metzen der nächsten Getreideernte) ein verhältnißmäßiger Preis versprochen, so ist ein ordentlicher Kaufvertrag geschlossen, der nach den bisher erörterten Grundsätzen zu beurtheilen kömmt (§. 1275). Werden aber die künftigen Nutzungen einer Sache in Pausch und Bogen (z. B. das gesammte Obst eines Gartens), oder bloß die Hoffnung derselben (z. B. eines Fischzuges) in einem bestimmten Preise gekauft, so ist ein Glücksvertrag vorhanden, da der Käufer auch die Gefahr der gänzlich vereitelten Erwartung trägt. Von diesem Hoffnungskaufe wird erst im §. 1276 gehandelt.

§. 1066.

In allen bei einem Kaufvertrage vorkommenden Fällen, welche in dem Gesetze nicht ausdrücklich entschieden werden, sind die in den Hauptstücken von Verträgen überhaupt, und von dem Tauschvertrage insbesondere aufgestellten Vorschriften anzuwenden.

Allgemeine Vorschrift.

§. 1067.

Besondere Arten oder Nebenverträge eines Kaufvertrages sind: Der Vorbehalt des Wiederkaufes, des Rückverkaufes, des Vorkaufes; der Verkauf auf die Probe; der Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers; und der Verkaufsauftrag.

Besondere Arten oder Nebenverträge eines Kaufvertrages.

§. 1068.

Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heißt das Recht des Wiederkaufes. Ist dieses Recht dem Verkäufer überhaupt und ohne nähere Bestimmung eingeräumt, so wird von einer Seite das Kaufstück in einem nicht verschlimmerten Zustande; von der andern Seite aber das erlegte Kaufgeld zurückgegeben, und die inzwischen beiderseits aus dem Gelde und der Sache gezogenen Nutzungen bleiben gegen einander aufgehoben.

Verkauf mit Vorbehalt des Wiederverkaufes.

§. 1069.

Hat der Käufer das Kaufstück aus dem Seinigen verbessert, oder zu dessen Erhaltung außerordentliche Kosten verwendet, so gebührt ihm gleich einem redlichen Besitzer der Ersatz; er haftet auch dafür, wenn durch sein Verschulden der Werth verändert, oder die Zurückgabe vereitelt worden ist.

§. 1070.

Der Vorbehalt des Wiederkaufes findet nur bei unbeweglichen Sachen Statt, und gebührt dem Verkäufer nur für seine Lebenszeit. Er kann sein Recht weder auf die Erben, noch auf einen Anderen übertragen, und zum Nachtheile eines Dritten nur insofern ausüben, als es den öffentlichen Büchern einverleibt ist.

1) Mancherlei Umstände können es dem Verkäufer wünschenswerth machen, die verkaufte Sache wieder zurückzuerhalten. Er kann sich diese Möglichkeit durch den Vorbehalt des Wiederkaufes (pactum de retro vendendo) wahren *), wobei eine bestimmte Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechtes festgesetzt, oder diese von einem bestimmten Ereignisse abhängig gemacht, auch über den Preis der Einlösung eine vorläufige Verabredung getroffen werden kann.

2) Der Käufer wird, ungeachtet des gemachten Vorbehaltes, Eigenthümer der verkauften Sache; sein Eigenthum ist aber nur ein widerrufliches (s. Bd. 1. S. 719 d. W.), welches, wenn der Verkäufer von seinem Vorbehalte Gebrauch macht, wieder an diesen abgetreten werden muß. Dazu bedarf es keines neuerlichen Uebereinkommens; wir können daher auch der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 2. S. 194) nicht beistimmen, wenn er das pactum de retro vendendo bloß als einen präparatorischen, nach §. 936 zu beurtheilenden Vertrag ansieht, wogegen aber auch die Ansicht Scheidlein's (a. a. O. Bd. 2. S. 217) nicht richtig sein dürfte, daß der Käufer in dem vorausgesetzten Falle bloß die Rechte eines Fruchtnießers erlange; denn dieser darf über die Substanz der Sache (nach §. 509) nicht verfügen; würde er also eine Veräußerung der mit dem Wiederkaufsrechte belasteten Sache vornehmen, so würde der Verkäufer dieselbe nach der Analogie der §§. 468 und 527 dem dritten Erwerber jedenfalls abzufordern berechtigt sein, wenn Letzterer die vorhandene Beschränkung wußte, oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte wissen können (s. Bd. II.

---

*) Si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro; in factum existimo, judicium esse reddendum; idque et in aliis personis observandum est. fr. 12. Dig. de praescr. verb. (19, 5). — Vergl. auch const. 2. Cod. de pact. int. emt. et vendit. (4, 54).

S. 219 und 231 d. W.), wogegen der §. 1070 die Ausübung des Wiederkaufsrechtes gegen einen Dritten nur dann gestattet, wenn dasselbe den öffentlichen Büchern einverleibt ist.

3) Wurde über die Art der Zurückstellung des Kaufstückes nichts bestimmt, so sollte die Sache eigentlich in unverändertem Stande herausgegeben werden. Hat also der Käufer Verbesserungen aus dem Seinigen vorgenommen, so kommen ihm diese nach §§. 331 und 332 zu ersetzen; auch kann er die Vergütung der zur Erhaltung der Sache verwendeten außerordentlichen Kosten verlangen, müßte dagegen den ordentlichen Aufwand, sowie jenen, der zur Erzielung der Früchte gemacht wurde, selbst tragen. Ist das Kaufstück durch Zufall verschlimmert worden oder gänzlich zu Grunde gegangen, so hat der Käufer dafür nicht zu haften; es bleibt vielmehr im ersten Falle dem Verkäufer anheimgestellt, ob er dessenungeachtet von seinem Wiederkaufsrechte Gebrauch machen wolle oder nicht. Wurde dagegen die Verschlimmerung, oder der Untergang durch Verschulden des Käufers herbeigeführt, so muß er dem Berechtigten dafür Ersatz leisten (§. 1069).

4) Hinsichtlich der von dem Käufer während seines Besitzes vorgenommenen Belastungen gelten die Vorschriften der o. a. §§. 468 und 527, und auch in diesem Falle wäre die Haftungspflicht des Käufers begründet, wenn der Verkäufer die Sache mit den darauf contrahirten Lasten zurücknehmen müßte.

5) Das Gleiche tritt ein, wenn der Käufer die Ausübung des Wiederkaufsrechtes durch schuldbare Zerstörung der verkauften Sache, oder durch Veräußerung derselben an einen Dritten (abgesehen von dem Falle des §. 1070) vereitelt hat.

6) Von Seite des Verkäufers kömmt, wofern nichts Anderes verabredet worden, der erhaltene Kaufpreis zurückzustellen. Die beiderseits bezogenen Nutzungen kommen aber nicht weiter in Betrachtung, da dieß zu den schwierigsten Verwicklungen Anlaß geben würde.

7) Das aus dem Wiederkaufsvorbehalte entstehende Recht ist nach unserm Gesetze (§. 1070) nicht nur ein bloß persönliches, sondern auch ein auf die Person des Berechtigten beschränktes, also unübertragbares und unvererbliches Recht, weil bei der Ausbedingung desselben wohl nur auf die besonderen Verhältnisse des Paciscenten Rücksicht genommen wurde, und überhaupt derlei Beschränkungen des Eigenthums aus national-ökonomischen Rücksichten als bedenklich erscheinen. Es kann jedoch durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher nach Art eines dinglichen wirksam gemacht werden, doch dürfte hierzu jedenfalls die Einwilligung des Verpflichteten nothwendig sein *).

8) Eine weitere Beschränkung dieses Rechtes hat unsere Gesetzgebung dadurch begründet, daß es dasselbe nur in Beziehung auf unbewegliche Sachen für zulässig erklärt, und kann an diesen Bestimmungen, da sie aus

*) Entsch. d. obersten Justizstelle v. 2. October 1818 in Zini's Giur. prat. Vol. 9. pag. 37.

öffentlichen Rücksichten erlassen worden sind, selbst durch entgegengesetzte Verabredungen der Parteien nichts geändert werden *).

§. 1071.

Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufes.

Den nämlichen Beschränkungen unterliegt das von dem Käufer ausbedungene Recht, die Sache dem Verkäufer wieder zurück zu verkaufen; und es sind auf dasselbe die für den Wiederkauf ertheilten Vorschriften anzuwenden. Ist aber die Bedingung des Wiederverkaufes oder Wiederkaufes verstellt, und eigentlich, um ein Pfandrecht oder ein Borggeschäft zu verbergen, gebraucht worden, so tritt die Vorschrift des §. 916 ein.

1) Durch den Vorbehalt des Rückverkaufes (pactum de retro emendo) wird der Verkäufer verpflichtet (nicht wie bei dem Wiederkaufe berechtigt), das Kaufstück wieder einzulösen; doch scheint diese Verpflichtung nach der Analogie des §. 1048 hinwegzufallen, wenn die Sache in der Zwischenzeit außer Verkehr gesetzt, oder über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet wurde.

2) Die bisher erwähnten Nebenverträge können zur Bemäntelung des Wuchers, oder insbesondere eines, nach unserem Gesetze nicht statthaften Vertrages, wornach dem Pfandgläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen soll (§. 1372) angewendet werden. In diesem Falle sind sie nach der Vorschrift des §. 916 zu beurtheilen **).

§. 1072.

Vorbehalt des Vorkaufsrechtes.

Wer eine Sache mit der Bedingung verkauft, daß der Käufer, wenn er solche wieder verkaufen will, ihm die Einlösung anbieten soll, der hat das Vorkaufsrecht.

1) Das Vorkaufsrecht (jus protimiseos) ist das dem Verkäufer eingeräumte Recht, zu verlangen, daß der Käufer, wenn er die Sache wieder verkaufen will, sie vorläufig ihm zur Einlösung anbiete. Es unterscheidet sich vom Rechte des Wiederkaufes dadurch, daß es von dem Verkäufer nicht nach Belieben, sondern nur dann ausgeübt werden kann, wenn der Verpflichtete seine Sache ohnehin verkaufen will; vom Rückverkaufsrechte ist es aber

---

*) Entsch. d. obersten Justizstelle v. 30. November 1850 in Castelli's Suppl. al Cod. civ. pag. 44.

**) In einem in der allg. öster. Ger. Ztg. 1854, Nr. 98 mitgetheilten Rechtsfalle hatte Moriz S. eine der Frau Henriette S. gehörige Realität um den Preis von 27,000 fl. gekauft, zugleich aber der Verkäuferin das spätestens am 1. Sept. 1849 auszuübende Wiederkaufsrecht jedoch um den auf 32,000 fl. erhöhten Kaufschilling eingeräumt, und zugleich bedungen, daß die Gewähranschreibung des Käufers erst erfolgen sollte, wenn die Verkäuferin die Wiederkaufsfrist fruchtlos verstreichen ließe, bis zu welchem Zeitpunkte ihr auch der physische Besitz der verkauften Realität verbleiben sollte. Der Vertrag wurde über Anlangen der Verkäuferin für ein wucherisches Darlehen erklärt.

dadurch unterschieden, daß es für den Verkäufer eine Berechtigung, und nicht eine Verpflichtung, begründet.

2) Wenn gleich das Vorkaufsrecht unter den Nebenverträgen des Kaufvertrages erscheint, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß es auch einem andern Geschäfte (z. B. einer Schenkung) beigefügt, ja auch selbstständig verabredet werden kann. Ebenso ist es gedenkbar, daß dieses Recht aus einer letztwilligen Anordnung, oder aus der Vorschrift des Gesetzes (s. unten) entspringe.

§. 1073.

Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht. In Rücksicht auf unbewegliche Güter kann es durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden.

§. 1074.

Auch kann das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden.

Das Vorkaufsrecht ist, wie das Recht des Wiederkaufes oder des Rückverkaufes nur ein persönliches, unvererbliches und unübertragbares Recht, doch keineswegs, wie diese, bloß auf unbewegliche Sachen eingeschränkt (vgl. §. 1075). In Ansehung der letzteren kann es, durch Eintragung in die öffentlichen Bücher, nach Art einer dinglichen Belastung*), wirksam gemacht werden, doch ist hierzu die Einwilligung des Verpflichteten erforderlich, da es dem Berechtigten nicht gestattet ist, sein Befugniß durch einen einseitigen Act willkürlich zu erweitern.

§. 1075.

Der Berechtigte muß bewegliche Sachen binnen vier und zwanzig Stunden; unbewegliche aber binnen dreißig Tagen, nach der geschehenen Anerbietung, wirklich einlösen. Nach Verlauf dieser Zeit ist das Vorkaufsrecht erloschen.

1) Die nächste Wirkung des Vorkaufsrechtes besteht darin, daß der Besitzer, wenn er überhaupt die in Frage stehende Sache verkaufen will (s. §. 1078), dieselbe dem Berechtigten anbieten, und ihm die Bedingungen bekannt geben muß, unter welchen ein Dritter die Sache an sich zu bringen gesonnen ist. Könnte diese Anbietung wegen Abwesenheit des Berechtigten nicht an ihn erfolgen, so ist der Besitzer, dessen Veräußerungsrecht dadurch in seinem Gange gehemmt würde, befugt, die Bestellung eines Curators für den Abwesenden (nach §. 276) zu begehren, damit diesem die Anbietung geschehen könne. Die Ausfertigung eines Edictes ist für diesen Fall

---

*) Vgl. das Hofd. v. 6. Mai 1788, Nr. 821 der J. G. S.

nicht vorgeschrieben, und würde auch mit den, im Gesetze angegebenen Fristen zur Ausübung des Einlösungsrechtes nicht im Einklange stehen *).

2) Nach geschehener Anbietung muß sich der Berechtigte, und zwar bei beweglichen Sachen binnen 24 Stunden, bei unbeweglichen binnen 30 Tagen erklären, ob er von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch machen wolle oder nicht, und im ersten Falle die Sache wirklich einlösen, d. h. Alles entrichten, was der §. 1077 vorschreibt; nur wenn der Verpflichtete mit der Herausgabe der Sache zögerte, könnte der Berechtigte, wie Scheidlein (a. a. O. Bd. 2. S. 240) bemerkt, der Wirkung der Fallfrist ausweichen, indem er den Kaufpreis nach §. 1425 gerichtlich hinterlegt.

3) Die im §. 1075 angegebenen Fristen dürften nach der Analogie der §§. 1334 und 903 in der Art zu berechnen sein, daß der Tag der Anbietung nicht mitgerechnet wird, wogegen die Frist von 24 Stunden von dem Moment der Anbietung zu laufen beginnt (s. oben S. 77 d. W.) **).

4) Wurde von dem Berechtigten binnen der angedeuteten Frist keine Erklärung abgegeben, oder die Einlösung nicht wirklich vorgenommen, so erlischt das Vorkaufsrecht, und es kann somit der neue Erwerber der Sache selbst auf Löschung der in dem öffentlichen Buche aushaftenden Belastung dringen. Daß dieses um so mehr der Fall sei, wenn der Berechtigte erklärt, von seinem Befugnisse keinen Gebrauch zu machen, oder wenn er die von dem Dritten angebotenen Bedingungen nicht erfüllen kann (§. 1077), versteht sich von selbst.

§. 1076.

Das Vorkaufsrecht hat im Falle einer gerichtlichen Feilbietung der mit diesem Rechte belasteten Sachen keine andere Wirkung, als daß der den öffentlichen Büchern einverleibte Berechtigte zur Feilbietung insbesondere vorgeladen werden muß.

1) Oeffentliche Feilbietungen werden entweder zwangsweise, gegen den Willen des Eigenthümers (z. B. im Executionswege, wegen Steuer-Rückständen, in Expropriationsfällen u. dgl.), oder über Ansuchen desselben (freiwillige Versteigerungen) vorgenommen. In Ansehung des letztern bestimmt §. 267 des k. Pat. v. 9. August 1824, Nr. 208 des R. G. Bl., daß es Jedermann freistehe, sein Eigenthum öffentlich feilbieten zu lassen. Die freiwillige Versteigerung eines unbeweglichen Gutes ist (nach §. 269 ebd.) bei der Realinstanz, die Feilbietung einer mit keinem Pfandrechte versehenen Forderung bei dem Bezirksgerichte anzusuchen, in dessen Bezirk sich der Gläubiger befindet. Die Versteigerung auf unbewegliche Güter versicherter Forderungen, kann sowohl bei der Realinstanz, als bei

---

*) Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4. S. 278 gegen Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 209.

**) Vgl. Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4. S. 278. — Anderer Meinung ist in letzterer Beziehung Scheidlein, a. a. O. Bd. 2, S. 239.

dem Bezirksgerichte angesucht werden, in dessen Bezirke der Gläubiger wohnt. Andere bewegliche Sachen werden nur dann vom Gerichte versteigert, wenn sie zu einer noch nicht eingeantworteten Verlassenschaft, zu einem Fideicommisse, oder zu dem Vermögen eines Minderjährigen oder Pflegebefohlenen gehören. Außer diesen Fällen ist die freiwillige Versteigerung derselben bei der politischen Behörde anzusuchen. Bei gerichtlichen Versteigerungen, mögen sie zu den zwangsweisen oder freiwilligen gehören, äußert das Vorkaufsrecht, wenn es nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen erscheint, keine Wirkung, da es hier vorzüglich darauf ankömmt, durch Concurrenz der Käufer einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen, und da überhaupt die im §. 1075 vorgeschriebene Anbietung nur schwer durchgeführt werden könnte. Ist das Vorkaufsrecht den öffentlichen Büchern einverleibt, so muß der Berechtigte zur Feilbietung insbesondere vorgeladen werden, damit er wenigstens mitbieten und auf diese Weise vielleicht die feilgebotene Sache an sich bringen könne. Ein Aehnliches ist bei executiven Feilbietungen in und außer dem Concurse, überhaupt rücksichtlich der auf dem unbeweglichen Gute vorgemerkten Gläubiger durch das Hfd. v. 31. August 1792, Nr. 43 d. J. G. S. und das Hfd. v. 2. Juni 1827, Nr. 2283 ebd. angeordnet; und durch das Hfd. v. 20. Juli 1810 Nr. 906 ebd. bestimmt worden, daß diese Feilbietungserinnerungen den Pfandgläubigern nicht zu eigenen Händen zugestellt zu werden brauchen, sondern daß es genügt, wenn sie ihren bekannten Sachwaltern und Bevollmächtigten eingehändigt werden, während das Hfd. v. 4. Juli 1794, Nr. 183 der J. G. S. verfügt, daß rücksichtlich der außer Landes wohnenden, oder ob ihres Aufenthaltes unbekannten Gläubiger sich nach den §§. 391 und 392 der a. G. O. und dem Normale v. 18. Mai 1790 Nr. 13 der J. G. S. zu benehmen, d. h. ein Curator für den Abwesenden zu bestellen, und dieses dem Abwesenden durch Edict bekannt zu machen, auch ihm, falls sein Wohnort im Auslande bekannt ist, die Feilbietungserinnerung mittelst der Post zuzusenden sei. Bei freiwilligen Versteigerungen hat nach §. 277 des k. Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl. die oben erwähnte Verständigung der Pfandgläubiger nicht stattzufinden, da hierbei den auf das Gut versicherten Gläubigern ihr Pfandrecht jedenfalls vorbehalten bleibt. Diese Bestimmnmg dürfte daher gegenwärtig auch rücksichtlich des, den öffentlichen Büchern einverleibten Vorkaufsberechtigten gelten, da zwischen ihm und den Pfandgläubigern allerdings die größte Aehnlichkeit obwaltet.

2. Da bei zwangsweisen gerichtlichen Feilbietungen die Zustellung der Feilbietungserinnerung zu Händen der Pfandgläubiger durch das Hfd. v. 22. December 1815, Nr. 1197 der J. G. S. als ein „ebenso gesetzliches als unerläßliches Erforderniß" erklärt ist, so scheint die Ansicht Zeiller's (Comment. Bd. 3, S. 379) richtig zu sein, daß die Unterlassung der besonderen Vorladung dem Vorkaufsberechtigten das Befugniß gebe, die Feilbietung als rechtswidrig zu bestreiten, und auf eine neue Feilbietung zu dringen *)

---

*) Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4. S. 279 meint, der Vorkaufs-

3) Bei andern, als gerichtlichen Versteigerungen scheint der §. 1079 zur Anwendung kommen zu müssen, da der §. 1076 sich ausdrücklich nur auf gerichtliche Feilbietungen bezieht.

§. 1077.

Der zur Einlösung Berechtigte muß, außer dem Falle einer anderen Verabredung, den vollständigen Preis, welcher von einem Dritten angeboten worden ist, entrichten. Kann er die außer dem gewöhnlichen Kaufpreise angebotenen Nebenbedingungen nicht erfüllen, und lassen sie sich auch durch einen Schätzungswerth nicht ausgleichen; so kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden.

Durch das pactum protimiseos wird dem Berechtigten ein Vorzug vor andern Käufern nur insoweit zugestanden, als er — abgesehen natürlich von einer besonderen Verabredung über den zu entrichtenden Einlösungspreis — die gleichen Bedingungen, wie diese, zu erfüllen bereit ist; er muß also den vollständigen Preis entrichten, welcher von einem Dritten angeboten worden ist. Gewährt dieser Anbot dem Verkäufer noch andere Nebenvortheile, so ist zu unterscheiden, ob sie sich in Geld abschätzen lassen, oder nicht. Im ersten Falle (wenn z. B. dem Verkäufer der Genuß einer freien Wohnung in dem verkauften Hause zugestanden würde), muß der Vorkaufsberechtigte außer dem eigentlichen Kaufschillinge auch den Schätzungswerth der angebotenen Nebenvortheile entrichten. Im zweiten Falle, wenn die Nebenbedingung nur von dem directen Käufer erfüllt werden kann (wie wenn z. B. ein berühmter Maler sich erböte, dem Verkäufer ein Kunstwerk von seiner Hand zu liefern) kann das Vorkaufsrecht gar nicht ausgeübt werden. Es erlischt demnach, da es nur gegen die Person des Verpflichteten ausgeübt werden kann, und der Uebernehmer der Sache würde sogar berechtigt sein, die etwa erfolgte Eintragung aus den öffentlichen Büchern löschen zu lassen.

§. 1078.

Das Vorkaufsrecht läßt sich auf andere Veräußerungsarten, ohne eine besondere Verabredung nicht ausdehnen.

Das Vorkaufsrecht darf ohne eine besondere Verabredung auf andere Veräußerungsarten, z. B. eine Schenkung, einen Tausch u. dgl. nicht ausgedehnt werden. Der Besitzer kann, ohne dafür verantwortlich zu sein, eine solche Veräußerung vornehmen, und mit derselben erlischt auch das in Frage stehende rein persönliche Recht. War es aber durch Eintragung in die öffentlichen Bücher nach Art eines dinglichen Rechtes wirksam gemacht worden, so muß mit dem Eigenthume der Sache auch diese darauf haftende Last

---

berechtigte sei nur befugt, dem Ersteher die mit dem Vorkaufsrechte belastete Sache gegen Erlag des Licitationspreises abzufordern.

übernommen werden (§. 443). Man sehe hierin keine Inconsequenz gegen unsere frühere Entscheidung; denn hier ist noch kein Vorkaufsfall eingetreten, während nach der Voraussetzung des §. 1077 der Fall zur Ausübung des Vorkaufsrechtes vorhanden war, und dieses nur wegen anderer obwaltender Umstände nicht ausgeübt werden konnte.

§. 1079.

Hat der Besitzer dem Berechtigten die Einlösung nicht angeboten, so muß er ihm für allen Schaden haften. Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechtes kann die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden, und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt.

1) Die Haftung des Verpflichteten für allen, dem Vorkaufsberechtigten aus der Vereitelung seines Einlösungsbefugnisses entstandenen Schadens folgt schon aus §. 1298 und ist nach §. 1324 zu bemessen. Diese Haftung findet übrigens auch bei dem s. g. „dinglichen" Vorkaufsrechte statt, da der Berechtigte die veräußerte Sache dem Dritten gerade nicht abfordern muß, und der frühere Besitzer jedenfalls eine ihm obliegende Vertragspflicht vernachlässigt hat.

2) Der dritte Erwerber ist zu Folge des Schlußsatzes des §. 1079 rücksichtlich der auf die Sache verwendeten Auslagen und der aus derselben bezogenen Nutzungen nach Beschaffenheit des redlichen oder unredlichen Besitzes zu beurtheilen; er könnte übrigens als redlicher Besitzer nur dann angesehen werden, wenn ihm keine auffallende Sorglosigkeit zur Last fällt, wenn ihm also von seinem Vormanne ausdrücklich zugesichert wurde, daß die verkaufte Sache von aller Belastung frei sei (vgl. §. 928), oder wenn er aus wahrscheinlichen Gründen (§. 326) die Erlöschung des bestandenen Vorkaufsrechtes annehmen konnte u. dgl.

3) Schon das römische Recht kannte mehrere Fälle des jus protimiseos legale z. B. das Vorkaufsrecht des dominus emphyteuticarius (const. 3. Cod. de jure emph. [4, 66]), der Gläubiger und Cognaten im Concurse (fr. 16 de reb. auct. jud. [42, 5]), des Fiscus in Betreff der von den Unterthanen gegrabenen Metalle *); noch weiter entwickelt war aber im deutschen Rechte das s. g. jus retractus (Einstandsrecht, Näherrecht, Abtriebsrecht), welches sich nicht, wie das Vorkaufsrecht, darauf beschränkte, von dem Verkäufer die Anbietung der zu veräußernden Sache zu verlangen, sondern zu Folge dessen, selbst nach erfolgter Uebergabe von dem Erwerber gewisser Liegenschaften, sowie von jedem nachfolgenden Inhaber die Abtretung derselben gegen diejenigen Leistungen, um welche der erste Erwerber die Sache erhalten hatte, begehrt werden konnte **). Die ursprüngliche Art desselben war die Erblosung (jus retractus gentilitius, consanguinitatis), d. i. das Recht der Blutsverwandten des Vorkäufers, die an einen

---

*) Thibaut, a. a. O. §. 545.
**) Mittermaier, a. a. O. §. 284.

Nichtverwandten veräußerte Liegenschaft dem Fremden gegen Erfüllung der ersten Veräußerungsbedingung abzufordern. Später wurde das Retractsrecht auch auf Hofgenossen und Nachbarn (retractus viciniae) ausgedehnt, und so entwickelte sich die Marklosung, die dem Einwohner einer gewissen Gemeinde bei Veräußerungen an einen Ausmärker, die Landlosung, die bei Veräußerungen an einen Ausländer, das Ganerbenrecht, welches dem Theilgenossen einer gemeinschaftlichen Sache bei der Hindangabe eines Antheils derselben an einen Dritten, die Dachlosung, die in gleichem Falle dem Miteigenthümer eines getheilten Hauses zustand; das Gespilderecht (Frohn- und Zinslösung), das von dem Besitzer einer Realität ausgeübt werden konnte, wenn der Besitzer einer anderen, die früher mit der ersteren ein Ganzes gebildet hatte, dieselbe an einen Dritten verkaufte. Ingleichen gestand das Lehenrecht dem Lehensherrn das Einstandsrecht bezüglich der Lehengüter zu (II. feud. 9. §. 1. und 26. §. 13); und ebenso ausgebreitet war das grundherrliche Einstandsrecht, das dem Obereigenthümer, in Beziehung auf die unterthänigen Gründe, das bürgerliche, das der gesammten Bürgerschaft oder selbst einzelnen Bürgern einer Stadt bei der Veräußerung bürgerlicher Realitäten an Nichtbürger, sowie der adelige Retract, der dem Adel hinsichtlich der adeligen Güter, und der Landmanns-Einstand (retractus Statuum), der den Mitgliederrn der Landstände in Bezug auf die landtäflichen Güter gebührte. Alle diese, besonders aber die letzterwähnten Retractsrechte waren auch in Oesterreich üblich *), bis sie zuerst das P. v. 22. Juli 1784, Nr. 318 d. J. G. S. und das Hfd. v. 23. September 1785, Nr. 469 ebd. lit. u. bei gerichtlichen, dann das Hfd. v. 23. October 1786, Nr. 588 ebd. bei allen willkürlichen Versteigerungen, endlich aber die §§. 4 und 5 des II. Hauptstückes des Joseph. Gesetzbuches v. 1. November 1786 gänzlich beseitigten. Insbesondere erklärte das Hfd. v. 8. März 1787, Nr. 649 der J. G. S. für alle Provinzen, daß „nicht bloß das landmännische und bürgerliche Einstandrecht, sondern alle Gattungen des in den verschiedenen Landesgesetzen oder Gewohnheiten gegründeten Einstandrechtes allgemein und ganz, und von was für Art und Benennung dasselbe derzeit gewöhnlich und Rechtens gewesen, aufgehoben sei", was nach dem Hfd. v. 28. Februar 1788, Nr. 790 ebd. auch gegen Fremde zu gelten hatte, wogegen das aus Contracten herrührende, also vertragsmäßige Vorkaufs- und Einstandsrecht (nach dem Hfd. v. 27. April 1787, Nr. 673 ebd.) hierdurch nicht beirrt werden sollte. In diesem Sinne verfügen daher auch die §§. 1140 und 1141, daß der Obereigenthümer auf ein Vorkaufs- oder Einstandsrecht nur dann Anspruch habe, wenn er sich diese Rechte ausdrücklich vorbehalten.

4) Auch in dem ungarischen Rechte war das Vorkaufs- und Einstandsrecht begründet. Der Adelige, welcher ein avitisches Gut verkaufen wollte, war nämlich verpflichtet, alle seine Verwandten, welche zu dem

---

*) Suttinger, Consuetud. p. 169. — Weingartler, concord. et discord. p. 209. — Greneck, Thesaurus jurisdictionis, p. 107 und 315. — Donner, österr. Rechte. Buch III. §. 914. — Vossius, leges et consuetud. austr. §. 615 u. a. m.

Gute ein Erbrecht hatten, nach der Reihe, in welcher sie die Erbfolge treffen würde, aufzufordern, ob sie die Kaufsbedingungen übernehmen wollten, und zwar die Bekannten persönlich, die nicht Bekannten mittelst allgemeinen Aufrufes in der Generalcongregation des Comitates. Die Aufgerufenen hatten sich binnen 15 Tagen zu erklären. Willigten sie ausdrücklich oder stillschweigend in den Verkauf, so war ihr Recht für dießmal erloschen. War dagegen die Aufforderung unterblieben, oder ungenau gewesen, so konnte der Berechtigte binnen 32 Jahren sein Retractsrecht geltend machen; die dießfällige Klage hieß processus ad invalidationem fassionis ex neglecta praemonitione. Anderen Blutsverwandten des adeligen Verkäufers, welchen nämlich kein Erbrecht auf das zu veräußernde Gut zustand, sowie den Nachbarn gebührte das Retractsrecht in der Art, daß sie dem Verkäufer ihre Absicht, das Gut um den von einem Dritten angebotenen Kaufschilling einzulösen, gerichtlich bekannt geben konnten. Erfolgte nichtsdestoweniger der Verkauf an einen Dritten, so konnte diesem das Gut mit der Klage ad invalidationem fassionis ex non observata admonitione abgefordert werden. In königlichen Freistädten kam selbst den Nachbarn bezüglich der städtischen und andern nicht unterthänigen Realitäten sogar das jus praemonitionis zu; doch war die Verjährung des Retractsrechtes hier auf die kurze Frist von einem Jahre und einem Tage beschränkt. Außerdem bestanden noch andere Vorkaufsrechte; so übten z. B. in Jazygien und Kumanien die s. g. Redemti welche zur Ablösung des Districtes beigetragen hatten, das Vorkaufsrecht vor den Irredemtis, die Altinsaßen vor den neuen Ansiedlern u. dgl. *)

Nunmehr verfügt der §. 18 des Pat. v. 29. November 1852 f. Ungarn u. s. w., und der §. 18 des Pat. v. 29. Mai 1853 f. Siebenbürgen: das früher (nach Verschiedenheit der Landestheile) bestandene gesetzliche Einstandsrecht (Einlösungs-, Näherrecht) der Verwandten und Nachbarn, sowie jedes andere gesetzliche Vorkaufsrecht hört für die Zukunft auf, und es können selbst in Bezug auf frühere Eigenthumsübertragungen aus diesem Rechtstitel keine Processe mehr eingeleitet werden. — In Beziehung auf das avitische Einstandsrecht heißt es aber in dem §. 16 a. a. O.: Die vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. geschlossenen Eigenthumsübertragungen (fassio perennalis, cambium, transactio, inscriptio ob fidelia servitia) können . . aus Ansprüchen, welche nach den Gesetzen aus der bisherigen Eigenschaft der Güter floßen, durch neu einzuleitenden Processe, als: ad invalidationem ex neglecta praemonitione, . . . nicht bestritten werden.

§. 1080.

Bei dem Kaufe auf die Probe geht das Kaufstück vor Bezahlung des Preises nicht in das Eigenthum des Käufers über. Der Käufer wird während der Probezeit als ein Entlehner; nach Verlauf dieser Zeit aber das Kaufgeschäft für unbedingt Kauf auf die Probe.

*) Vgl. Erläuterungen des a. h. Pat. v. 29. November 1852 über die Aviticitätsverhältnisse; dann Schuler v. Libloy, das Privatrecht der Siebenbürger, Ungarn und Szekler. §. 42.

abgeschlossen, und der Käufer als Eigenthümer des Kaufstückes angesehen.

§. 1081.

Hat der Käufer für das übernommene Kaufstück den Preis bezahlt, so gebührt ihm sogleich das Eigenthum; er kann aber vor Verlauf der Probezeit von dem Kaufe zurück treten.

§. 1082.

Ist die Probezeit durch Verabredung nicht bestimmt worden, so wird sie bei beweglichen Sachen auf drei Tage; bei unbeweglichen aber auf Ein Jahr angenommen.

1) Es kann dem Käufer manchmal daran gelegen sein, wenn er auch mit dem Verkäufer über Preis und Waare einig ist, vorerst zu untersuchen, ob die gekaufte Sache auch wirklich jene Eigenschaften besitze, welche er bei derselben vorausgesetzt. Zu diesem Behufe kann ein Kauf auf Probe (Kauf auf Besicht, emtio ad gustum) geschlossen werden; und zwar ist dieses in doppelter Weise denkbar, so daß nämlich entweder die Perfection des Kaufes bis zur erfolgten Prüfung und Billigung der Waare hinausgeschoben oder daß der Kauf zwar sogleich perfect wird, aber von dem Käufer, wenn er die Sache nicht entsprechend findet, wieder aufgelöst werden kann.

2) Das Erste ist der Fall, wenn der Preis für das übernommene Kaufstück nicht bezahlt wurde. Dieses bleibt, ungeachtet der Uebergabe, fortan Eigenthum des Verkäufers, welcher daher auch alle Gefahr zu tragen hat *). Der Käufer wird während der Probezeit bloß als Entlehner angesehen; seine Rechte und Pflichten sind daher nach den §§. 972—981 zu beurtheilen. Er kann vor Ablauf der Probezeit die Sache wann immer zurückstellen; nach Ablauf derselben geht sie aber sogleich in sein Eigenthum über, mag er sie untersucht, und seinen Bedürfnissen entsprechend gefunden haben oder nicht; eine neue Uebergabe ist nicht erforderlich, da diese schon vorausgegangen ist, und mit dem Ablaufe der Prüfungszeit der Rechtstitel hinzutritt; denn von diesem Augenblicke an kömmt der Kauf als unbedingt abgeschlossen anzusehen. Auch ist es dem Käufer ohne Zweifel gestattet, vor vollendeter Probezeit den Kauf entweder durch die Erklärung, daß er mit der Sache zufrieden sei, oder durch die Bezahlung des Preises zur Perfection zu bringen.

3) Wird der Kaufpreis sogleich bei der Uebergabe des Kaufstückes ent-

---

*) Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem, neque mucorem venditorem praestare debere sed omne periculum ad emtorem pertinere. Difficile autem est, ut quisque sic emat, ut ne degustet; quare si dies degustationis adjectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit. fr. 4. §. 1. Dig. de per. et comm. rei. vend. (18, 6).

richtet, so ist der Kauf als vollkommen geschlossen anzusehen; das Eigenthum der gekauften Sache geht alsbald auf den Käufer über, und dieser hat auch alle Gefahr derselben zu tragen, doch kann er vor Ablauf der Probezeit die Sache dem Verkäufer wieder zurückgeben, und die Erstattung des Kaufspreises (wie beim Rückverkaufe nach §. 1071) verlangen.

4) Die Probezeit kann durch Verabredung beliebig bestimmt werden. Ist keine Uebereinkunft getroffen worden, so erscheint die Verfügung des §. 1082 als maßgebend. Die dort festgesetzten Fristen beginnen mit dem Augenblicke der Uebergabe, da es ohne diese nicht möglich ist, die gekaufte Sache zu prüfen, und es gilt diese Bestimmung auch bei unbeweglichen Gütern, mag der Uebernehmer in die öffentlichen Bücher eingetragen sein oder nicht *).

5) Bei dem Verkauf auf Probe wird lediglich der Vortheil des Käufers bezweckt **); der Verkäufer ist also auch während der Probezeit nicht berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten.

6) Haben die Parteien zwar verabredet, einen Kauf auf Probe zu schließen, aber nicht bestimmt, ob derselbe unter einer aufschiebenden, oder einer auflösenden Bedingung eingegangen sei, so scheint es, daß der Verkäufer nicht gezwungen werden kann, die Sache vor Bezahlung des Kaufpreises herauszugeben, da nach §. 1052 derjenige, der auf die Uebergabe dringen will, seinerseits die ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt haben, oder sie zu erfüllen bereit sein muß.

7) Verschieden vom Kauf auf Probe ist der s. g. Reukauf (pactum displicentiae), vermöge dessen sich der Käufer oder der Verkäufer ausbedingt, binnen einer bestimmten Zeit oder bei dem Eintritte eines gewissen Ereignisses vom Verkaufe wieder abgehen zu dürfen. Das Gesetz erwähnt dieses Nebenvertrags nicht insbesondere, da er wie eine auflösende Bedingung ***) wirkt, also nach §. 897 zu beurtheilen kömmt.

§. 1083.

Wird das Kaufgeschäft mit dem Vorbehalte verabredet, daß der Verkäufer, wenn sich binnen einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer meldet, denselben vorzuziehen befugt sei, so bleibt in dem Falle, daß das Kaufstück nicht übergeben worden, die Wirklichkeit des Vertrages bis zum Eintritte der Bedingung aufgeschoben. Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers.

---

*) Anderer Meinung ist Nippel in seinen Erläuterungen Bd. 7, S. 219; uns scheint aber, daß die Eintragung in die öffentlichen Bücher nur bezüglich des Verhältnisses gegen dritte Personen entscheidend sei, während es in dem Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer lediglich auf den physischen Besitz der Sache ankömmt.

**) Dies . . . degustatione praestitutus meliorem conditionem emtoris facit. Dig. l. c.

***) Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat non esse sub conditione districtam, sed resolvi emtionem sub conditione. fr. 3. Dig. de contr. emt. (18, 1).

§. 1084.

Ist das Kaufstück übergeben worden, so ist der Kaufvertrag abgeschlossen; er wird aber durch den Eintritt der Bedingung wieder aufgelöset. Bei dem Mangel einer ausdrücklichen Zeitbestimmung wird der bei dem Kaufe auf die Probe angenommene Zeitraum vermuthet.

§. 1085.

Ob der neue Käufer besser sei, beurtheilet der Verkäufer. Er kann den zweiten Käufer, wenn der erste auch noch mehr zahlen wollte, vorziehen. Bei der Auflösung des Vertrages heben sich die Nutzungen der Sache und des Geldes gegen einander auf. In Rücksicht der Verbesserungen oder Verschlimmerungen wird der Käufer gleich einem redlichen Besitzer behandelt.

1) Der Vorbehalt eines bessern Käufers (addictio in diem) findet zu Gunsten des Verkäufers dahin Statt, daß dieser berechtiget sein solle, vom Vertrage abzugehen, wenn ein Anderer die Sache unter besseren Bedingungen kaufen will *). Man macht diesen Vorbehalt gewöhnlich dann, wenn mehrere Kauflustige vorhanden sind, oder doch die Hoffnung vorhanden ist, daß sich in kurzer Zeit mehrere einfinden dürften, und Umstände den Besitzer nöthigen, seine Sache sogleich, und vielleicht um einen dem Werthe derselben nicht angemessenen Kaufpreis dem nächsten Besten zu überlassen **).

2) Auch der in Frage stehende Nebenvertrag kann in Gestalt einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung beigefügt werden ***), und das Gesetz macht dieß, wie beim Kauf auf Probe, von dem Umstande abhängig, ob das Kaufstück übergeben wird, oder nicht. Im Zweifel müßte, scheint es, angenommen werden, daß der Kauf unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden sei, weil der §. 904 jedem Paciscenten gestattet, auf sogleiche Erfüllung des Vertrages zu dringen, wenn diese nicht insbesondere auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben

---

*) In diem addictio ita sit: *ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.* fr. 1. Dig. de in diem addict. (18, 2).

**) Scheidlein, a. a. O. Bd. 2. S. 259.

***) Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio? quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quod actum sit; nam siquidem hoc actum est, meliore allata conditione discedatur ab emtione, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. fr. 2 pr. Dig. l. c. (18, 2).

wurde, wofern er nur seinerseits das zu leisten bereit ist, wozu er sich verpflichtet hat (§. 1052) *).

3) Wird das Kaufstück nicht übergeben, so erlangt der Käufer nur ein bedingtes persönliches Recht gegen den Verkäufer, wenn sich binnen der, durch die Verabredung oder durch das Gesetz (§§. 1084 und 1082) bestimmten Zeit kein besserer Käufer meldet, gegen Erlag des Kaufspreises auf Herausgabe der Sache zu dringen. Vor Ablauf dieser Zeit darf aber weder der eine noch der andere Theil nach Willkür zurücktreten, sondern es muß abgewartet werden, ob die verabredete Bedingung eintrete oder nicht **).

4) Ist dagegen das Kaufstück übergeben worden, so erlangt der Käufer sogleich das Eigenthum desselben, jedoch nur ein widerrufliches, welches durch den Eintritt eines besseren Kaufes aufgelöst wird. Der Verkäufer kann übrigens dieses Recht des Widerrufes, als ein persönliches, nur gegen den Käufer, gegen dritte Personen aber bloß dann geltend machen, wenn es in den öffentlichen Büchern ersichtlich gemacht wurde ***).

5) Will der Verkäufer von dem Vertrage abgehen, weil sich ein neuer Käufer gefunden hat, der bessere Bedingungen bietet, so müßte er diesen Umstand im Widerspruchsfalle wohl schon nach allgemeinen processualischen Grundsätzen erweisen †). Besser ist aber nicht nur derjenige Käufer, der eine höhere Kaufsumme bietet, sondern auch derjenige, welcher überhaupt vortheilhaftere Bedingungen (z. B. sogleiche Auszahlung, oder Entrichtung des Kaufpreises in Barem u. dgl.) einzugehen bereit ist ††); welche Bedingung aber als die vortheilhaftere erscheine, bleibt der Beurtheilung des Verkäufers überlassen, und es dürfte nicht statthaft sein — wie Ellinger (Handb. S. 401) meint — die Entscheidung von Sachverständigen einzuholen †††).

6) Ist wirklich ein neuer Anbot gemacht worden, den der Verkäufer für einen bessern hält, so kann er diesen ohne weiteres vorziehen, und der erste

---

*) Hiemit stimmt auch das römische Recht überein. Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici, et usucapionem procedere, Julianus putabat. Alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi sed resolvi dicebat; quae sententia vera est. fr. 2. §. 4. Dig. pro emt. (41, 4).

**) In so ferne könnte man sagen, daß nicht die Wirklichkeit — wie sich der §. 1083 ausdrückt — sondern nur die Wirksamkeit des Vertrages hinausgeschoben sei. Vgl. Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4. S. 285.

***) Scheidlein, a. a. O. Bd. 2. S. 280.

†) Die gemeinrechtliche Praxis gestattet dem Paciscenten, wenn er fürchtet, daß wegen der angeblich angetragenen, besseren Bedingungen ein Betrug stattfinde, die Wahrheit durch Eidesantrag zu ermitteln. Thibaut, a. a. O. §. 547. — Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, cum minoris, vel etiam tantidem alteri venderet, utique emtori in solidum erit obligatus. fr. 14. Dig. l. c. (18, 2). — S. auch fr. 4. §. 5. ibd.

††) Melior autem conditio adferri videtur, si pretio sit additum. Sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen adferatur facilior pretii, vel maturior, melior conditio adferri videtur etc. fr. 4. §. 6. Dig. l. c. (18, 2.)

†††) . . . . ea melior intelligitur (emtio), quam venditor comprobavit, cui licuit non addicere. fr. 14. §. 2, Dig. l. c. (18, 2.)

Käufer hat nach unserem Gesetze nicht das Recht, den Vertrag dadurch aufrecht zu halten, daß er sich zu den angebotenen besseren Bedingungen herbeiläßt, oder diese vielleicht gar noch überbietet *).

7) Ist das Kaufstück übergeben worden, und wird der Vertrag wegen Eintritt eines besseren Käufers aufgelöst, so muß einerseits die gekaufte Sache, andererseits der erlegte Kaufpreis wieder zurückgestellt werden. Die in der Zwischenzeit bezogenen Nutzungen heben sich (wie beim Wiederkaufe) gegenseitig auf **). Rücksichtlich des auf die Sache gemachten Aufwandes (der Verbesserungen) und der zufällig an derselben eingetretenen Verschlimmerungen wird der Käufer gleich einem redlichen Besitzer behandelt; dagegen scheint er für den durch sein Verschulden herbeigeführten Schaden haften zu müssen, da er wußte, daß er vor Ablauf der bestimmten Zeit nur ein widerrufliches Eigenthum besitze, also nicht frei über dasselbe verfügen könne.

8) Bei öffentlichen Versteigerungen wird, bis der letzte Zuschlag erfolgt ist, eigentlich mit jedem Licitanten der Vertrag je unter Vorbehalt eines besseren Käufers geschlossen ***).

§. 1086.

Verkaufsauftrag.

Wenn Jemand seine bewegliche Sache einem Anderen für einen gewissen Preis zum Verkauf übergibt, mit der Bedingung, daß ihm der Uebernehmer binnen einer festgesetzten Zeit entweder das bestimmte Kaufgeld liefern, oder die Sache zurückstellen soll, so ist der Uebergeber vor Verlauf der Zeit die Sache zurückzufordern nicht berechtiget; der Uebernehmer aber muß nach deren Ablauf das bestimmte Kaufgeld entrichten.

§. 1087.

Während der festgesetzten Zeit bleibt der Uebergeber Eigenthümer. Der Uebernehmer haftet ihm für den durch sein Verschulden verursachten Schaden, und es werden ihm bei Zurückstellung der Sache nur solche Kosten vergütet, die dem Uebergeber zum Nutzen gereichen.

---

*) Anders nach römischem Recht. Licet a . . venditori meliore allata conditione addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adjicere. — Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emtorem certiorem facere, ut, si quid alius adjicit, ipse quoque adjicere possit. fr. 7 et 8. Dig. l. c. (18, 2.)

**) Nach römischem Rechte sind die bezogenen Nutzungen mit der Sache herauszugeben. fr. 4. pr.; fr. 6. pr. Dig. l. c. (18, 2); fr. 29 §. 2. Dig. de aedil. edict. (21, 1).

***) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 231. — Vgl. auch const. 4. Cod. de fide et jure hast. fisc. (10, 3), und const. 1 Cod. de vend. reb. civil. (11, 31).

§. 1088.

Ist die Sache unbeweglich; oder ist der Preis, oder die Zahlungsfrist nicht bestimmt; so wird der Uebernehmer wie ein Gewalthaber angesehen. In keinem Falle kann die zum Verkaufe anvertraute Sache dem Dritten, welcher sie von dem Uebernehmer redlicher Weise an sich gebracht hat, abgefordert werden (§. 367).

1) Wird Jemanden eine Sache übergeben. damit er sie verkaufe, so ist eigentlich ein Bevollmächtigungsvertrag vorhanden (§. 1002). Die übergebene Sache bleibt in diesem Falle Eigenthum des Uebergebers; dieser kann die ertheilte Vollmacht nach Belieben widerrufen (§. 1020), mithin seine Sache wann immer zurückfordern; wird sie abgesetzt, so muß der Machthaber allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen, also den ganzen Kaufpreis, wenn er auch größer wäre, als der Eigenthümer erwartete oder verlangte, herausgeben (§. 1009); — kann sie dagegen nicht an Mann gebracht werden, so ist der Gewalthaber nur verpflichtet, sie zurückzustellen; keineswegs aber kann er verhalten werden, sie für sich selbst zu behalten und das bestimmte Kaufgeld zu entrichten.

2) In manchen wesentlichen Punkten abweichend gestaltet sich der Verkaufsauftrag im engeren Sinne (Trödelvertrag, contractus aestimatorius). Dieser setzt nach seinem Begriffe, — wie er in unserer Gesetzgebung aufgefaßt wurde, — voraus, daß der Auftrag a) sich auf eine bewegliche Sache beziehe; daß b) der Preis, um welchen dieselbe hintangegeben werden darf, und c) die Zeit, binnen welcher der Verkauf erfolgen soll, bestimmt worden sei; fehlt auch nur Eines dieser Erfordernisse, so ist der Vertrag bloß als eine Bevollmächtigung anzusehen (§. 1088). Aus dem eigentlichen Verkaufsauftrage wird aber der Uebernehmer alternative verpflichtet, binnen der bestimmten Zeit entweder die Sache zurückzustellen, oder das bestimmte Kaufgeld dafür zu entrichten *)

Kann er einen höheren Preis erzielen, so bleibt ihm der Ueberschuß als Gewinn; dagegen darf er das Kaufstück aber auch nicht um einen geringeren Preis hintangeben, ohne das Fehlende aus dem Seinigen zu ersetzen. Jedenfalls steht es ihm frei, die übernommene Sache gegen Entrichtung des bedungenen Kaufgeldes für sich zu behalten, und er wird, sobald er dieses bezahlt hat, Eigenthümer derselben.

3) Vor Ablauf der bestimmten Zeit darf der Uebergeber die Sache nicht zurückfordern (§. 1086); nach Ablauf derselben braucht er sie aber nicht mehr zurückzunehmen, sondern kann von dem Uebernehmer den bedungenen Kaufpreis fordern (ebd.), es mag dieser die Sache verkauft haben oder nicht.

---

*) Aestimatio . . . periculum facit ejus, qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. fr. 1. §. 1. Dig. de aestim. (19, 3).

4) Der Uebergeber bleibt, während der festgesetzten Zeit, so lange ihm der Kaufpreis nicht entrichtet wurde, Eigenthümer der Sache, trägt also die Gefahr derselben (§. 1311), hat aber auch das Recht zu fordern, daß ihm mit der Sache auch die daraus gezogenen Nutzungen und der etwa entstandene Zuwachs herausgegeben werden. Der Empfänger haftet für den durch sein Verschulden verursachten Schaden (§. 1295) und kömmt in Ansehung der verwendeten Kosten wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§§. 1037 und 1038) zu behandeln.

5) Streitig ist die Frage, ob nach Verlauf der festgesetzten Zeit das Eigenthum der übergebenen Sache auf den Empfänger auch dann übergehe, wenn er den Kaufpreis noch nicht entrichtet hat?*) Uns scheint dieß allerdings der Fall zu sein, da sonst der Verkaufsauftrag sich all' zu sehr der Bevollmächtigung näherte, da der Schlußsatz des §. 1086 dem Uebernehmer lediglich die Verpflichtung auflegt, das bestimmte Kaufgeld zu entrichten, und da der §. 1087 ausdrücklich sagt: „während der festgesetzten Zeit" bleibt der Uebergeber Eigenthümer.

6) Ist die Sache an einen Dritten verkauft worden, so dürfte, wenn eine bloße Bevollmächtigung vorausgesetzt wird, die Vorschrift des §. 1017 zur Anwendung kommen; beim eigentlichen Verkaufsauftrage findet gegen den redlichen Erwerber die Eigenthumsklage nicht statt, und es scheint sich diese Verfügung auch auf den Fall zu erstrecken, wenn die Veräußerung im Namen des Uebergebers erfolgte, da ja eben der Uebernehmer hierzu berechtiget war. Als unredlich könnte daher der dritte Erwerber nur dann angesehen werden, wenn er die Sache unter Bedingungen an sich brachte, von denen er wußte oder wissen mußte, daß sie dem Verkaufsauftrage zuwiderlaufen**).

§. 1089.

Auch bei gerichtlichen Verkäufen finden die über Verträge und den Tausch- und Kaufvertrag insbesondere aufgestellten Vorschriften in der Regel Statt; in so fern nicht in diesem Gesetze oder in der Gerichtsordnung eigene Anordnungen enthalten sind.

1) Gerichtliche Verkäufe finden entweder im Executionswege und in Cridafällen, oder in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (bei Verlassenschaftsabhandlungen und Pupillarangelegenheiten u. dgl.) statt. Sie werden gemeiniglich im Wege der öffentlichen Versteigerung vorgenommen, deren Natur, wie schon oben (S. 272) bemerkt wurde, dahin geht, daß jedes Anbot als wirklicher Abschluß des Vertrages anzusehen kömmt, jedoch stets unter Vorbehalt eines besseren Käufers, bis der Zu-

*) Für die bejahende Ansicht spricht sich Zeiller in seinem Comment. Bd. 3. S. 393 und Scheidlein, a. a. O. Bd. 2. S. 285 — für die verneinende Nippel in seinen Erläut. Bd. 7. S. 226 aus.

**) Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4. S. 289.

schlag an den Meistbietenden erfolgt*). Nach diesem ist ein weiteres Anbot nicht mehr anzunehmen**), dagegen wird durch jedes frühere Anbot, welches vor dem Schlusse der Feilbietung erfolgt, derjenige, der ein geringeres Anbot gemacht hat, seiner Verbindlichkeit enthoben, da eben durch das neuere Anbot die auflösende Bedingung eingetreten ist, unter welcher der frühere Vertrag abgeschlossen wurde.

2) Die besonderen, auf gerichtliche Verkäufe sich beziehenden Anordnungen enthalten die §§. 367, 935, 1076 und 1121 des a. b. G. B., dann die §§. 326—339 und 347 der allg., §§. 440—448 und 460 der galiz., §§. 429—435 und 447 der ital. G. O., §§. 512—517 und 539 der ungar. und siebenb. C. P. O., ferner die §§. 267—280 des kais. Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 des R. G. Bl. In dem letzterwähnten Gesetze bestimmt insbesondere der §. 278, daß es dem Eigenthümer der feilgebotenen Sache freistehe, sich die Genehmigung des Verkaufes auf eine bestimmte Zeit vorzubehalten, daß dieses jedoch in dem Feilbietungsedicte ausgedrückt werden müsse, so daß, wenn kein Vorbehalt geschehen, das Gut dem Meistbietenden, oder, wenn nur Ein Kauflustiger erschienen wäre, diesem, jedoch nicht unter dem Ausrufspreise zugeschlagen, und der Kauf für unwiderruflich abgeschlossen, angesehen werde.

Fünfundzwanzigstes Hauptstück.

Von Bestand-, Erbpacht- und Erbzins-Verträgen.

§. 1090.

Der Vertrag, wodurch Jemand den Gebrauch einer unbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt überhaupt Bestandvertrag. Bestandvertrag.

---

*) S. Puchta, a. a. O. §. 252. — Nach der Ordnung für öffentliche Versteigerungen v. 15. Juli 1786, Nr. 565 der J. G. S. hat, wenn nach dem Ausrufe auf das ausgefeilte Stück geboten wird, der Ausrufer den Betrag dreimal mit dem gewöhnlichen Beisatze: zum ersten, zum zweiten und zum dritten Male deutlich zu wiederholen. Diese dreimalige Wiederholung muß ohne Uebereilung, und besonders der letzte Ruf nach etwas längerer Pause geschehen, auch mit dem Meistbietenden nicht abgeschlossen werden, bis der letzte Ruf ganz vorüber ist. Nach dem letzten Rufe bestätiget der Ausrufer den geschlossenen Kauf durch einen Schlag mit einem hölzernen Hammer (§. 16). So oft vom ersten, bis zur gänzlichen Vollendung des dritten Rufes ein neues Anbot geschieht, muß dieses abermals wiederholt, und wie im vorigen §. ausgerufen werden (§. 17).

**) Vdg. v. 2. October 1798 und Hfd. v. 3. November 1812.

1) Ein Bestandvertrag (locatio conductio) ist dann vorhanden, wenn Jemand (der Bestandgeber, locator) einem Andern (dem Bestandnehmer, conductor) den Gebrauch einer Sache als persönliches Recht gegen einen bestimmten Preis (Bestandzins, merces, pensio, pretium) auf eine bestimmte Zeit überläßt. Zur Wesenheit dieses Vertrages gehört demnach a) eine unverbrauchbare Sache*), weil sonst mit dem Gebrauche auch das Eigenthum des zu gebrauchenden Gegenstandes überlassen werden müßte, und somit ein Darleihen entstünde. Im Uebrigen kann die in Bestand gegebene Sache eine körperliche oder unkörperliche (z. B. das Zehentrecht, das Jagdrecht), eine bewegliche oder eine unbewegliche, eine Gesammt- oder eine Einzel-Sache sein. b) Weiters ist zum Bestandvertrage ein bestimmter Preis erforderlich, der, wenn keine besondere Uebereinkunft getroffen wird, wie das Kaufgeld zu entrichten kömmt, und insbesondere nicht in einem verhältnißmäßigen Theile der bezogenen Nutzungen bestehen darf, weil sonst der Bestandvertrag in einen Gesellschafts-Vertrag übergeht (§. 1103)**). Dagegen kann die Festsetzung desselben allerdings auch einer bestimmten dritten Person überlassen***), oder der Marktpreis zur Richtschnur genommen werden. Daß der Bestandzins jederzeit in barem Gelde bestehen müsse, ist nirgends im Gesetze ausgesprochen, vielmehr scheint aus §. 1103 das Gegentheil zu folgen †). c) Die fernere Bestimmung des §. 1090, daß beim Bestandvertrage der Gebrauch einer Sache „auf eine gewisse Zeit" überlassen werden müsse, dürfte wohl nur in dem Sinne aufzufassen sein, daß es nicht dem Bestandgeber anheimgestellt werden könne, die Bestandsache nach Willkür zurückzufordern, weil sonst ein dem unverbindlichen Bittleiher (§. 974) ähnliches Verhältniß entstünde; dagegen scheint es der Natur dieses Vertrages nicht zuwiderlaufend, wenn derselbe auf unbestimmte Zeit eingegangen, und nur eine Aufkündigungsfrist (ausdrücklich oder stillschweigend) bedungen wird, durch welche dann mindestens der Gebrauch dem Bestandnehmer eingeräumt erscheint, wie aus §. 1116 hervorgehen dürfte.

---

*) Wie beim Leihvertrage. — Non potest commodari id quod usu consumitur .... fr. 3. §. 6. Dig. comm. (13, 6).

**) Der Bestandnehmer wird in diesem Falle nach römischem Rechte colonus partiarius genannt, und sein Verhältniß als ein der Gesellschaft ähnliches bezeichnet. .... partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. fr. 25. §. 6. Dig. loc. cond. (19, 2).

***) Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur. Sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac conditione stare locationem, ut si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omni modo secundum ejus aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire. fr. 25. fr. D. l. c. (19, 2).

†) Scheidlein, G. v., Abhandlung über den Mieth- und Pachtvertrag. Wien 1819. S. 5. — Anders war es im römischen Rechte bestimmt. Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emtio et venditio contraheretur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, et invicem a te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse lacationem et conductionem, sed proprium genus contractus. §. 2. Inst. de loc. et cond. (3, 24). — Nur bei Pachtungen konnte der Preis in Früchten bestehen. Vgl. fr. 19. §. 3. Dig. l. c. (19, 2), dann const. 8, 18, 21. Cod. de loc. (4, 65).

2) Der Bestandvertrag hat manche Aehnlichkeit mit dem Kaufvertrage*); denn er ist, wie dieser, ein Consensualvertrag (§. 1094), und der Bestandzins ist gleich dem Kaufgelde zu entrichten (§. 1092); der wesentliche Unterschied liegt aber darin, daß der Bestandvertrag keine Veräußerung des Eigenthums begründet**), sondern nur den Gebrauch der Sache auf den Bestandnehmer überträgt. — Von der Schenkung, sowie vom Leihvertrage ist er aber durch das Entgelt verschieden, welches für die Ueberlassung des Gebrauches entrichtet werden muß***).

§. 1091.

I. Mieth- und Pachtvertrag.

Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Miethvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweiten Art zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen.

1) Das Gesetz unterscheidet dem gemeinen Sprachgebrauche†) sich anschließend, zwischen Pacht und Miethe, jenachdem eine besondere Mühewaltung (Bearbeitung) nothwendig ist, um von der in Bestand genommenen Sache den beabsichtigten Gebrauch zu machen oder nicht. Gegenstände des Pachtes sind daher meistens Grundstücke, Gewerbe, Fabriken, Schau-

---

*) Locatio et conductio proxima est emtioni et veditioni, iisdemque juris regulis constitit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. fr. 2. pr. Dig. l. c. (19, 2). — In diesem Sinne heißt es auch im §. 1094, daß nach abgeschlossenem Bestandvertrage „der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen" sei.

**) Eigenthümlich ist die Bestimmung des römischen Rechtes über die s. g. locatio conductio irregularis. Vgl. fr. 31. Dig. l. c. (19, 2).

***) Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit. fr. 46. Dig. l. c. (19, 2).

†) Miethen heißt nach Adelung eine Sache auf eine gewisse Zeit gegen eine bestimmte Bezahlung zum Gebrauche erhalten, und ist nur von solchen Dingen üblich, welche man ohne weitere Bearbeitung gebrauchen kann, zum Unterschiede von dem „Pachten". Man miethet ein Haus, eine Wohnung, eine Stube, eine Kammer, einen Keller, einen Laden, einen Stall, ein Schiff, einen Kahn, eine Kutsche, einen Wagen, ein Pferd u. s. w. — Die Pachtung hat die Nutzung im engsten Verstande, d. i. den Gebrauch zur Erwerbung zeitlichen Vermögens zur Absicht; man pachtet daher ein Gut, einen Acker, einen Garten, die Zölle, die Accise, den Zehent, die Jagd, die Fischerei die Schanknahrung in einem Orte, eine Schäferei u. s. w. — Auch das römische Recht nennt den Miether eines Gebäudes inquilinus, den Pächter eines Grundstückes colonus, und den Zollpächter redemtor oder publicanus. Vgl. fr. 37. Dig. de acq. vel ammitt. poss. (41, 2), und fr. 1. §. 1. Dig. de publican. (39, 4). — Eigenthümlich ist es, daß man bei Büchern, Musikalien, Stickmustern, Masken u. dgl. nur vom Leihen, nicht vom Miethen spricht, ungeachtet ein Preis dafür bezahlt wird.

spielunternehmungen, Gefälle u. dgl., während Gebäude und deren Bestandtheile, sowie körperliche bewegliche Sachen gemeiniglich den Gegenstand der Miethe bilden; doch entscheidet nicht so sehr das Object, als der von demselben zu machende Gebrauch. So miethet man z. B. einen Garten, wenn man ihn bloß zum Spaziergange benützen will, während der Gärtner, der den Ertrag benützen will und ihn also erst bearbeiten muß, denselben pachtet*). Daß übrigens der Unterschied zwischen Miethe und Pacht nach dem österr. Gesetze von praktischer Bedeutung ist, wird sich bei der Erörterung der §§. 1096, 1099, 1101, 1104, 1105, 1115 und 1116 zeigen.

2) Werden Sachen verschiedener Art in Bestand gegeben (z. B. ein Haus mit einem Garten, dessen Benützung im eigentlichen Sinne dem Bestandnehmer überlassen wird, so ist der Vertrag (ähnlich wie im §. 1055) nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen; welche Sache aber die Hauptsache sei, ist aus den jeweilig obwaltenden Umständen und der Absicht der Parteien zu entnehmen. So kann in dem oben gewählten Beispiele bald das Haus, bald der Garten als die Hauptsache erscheinen. Jedenfalls wird aber hierbei vorausgesetzt, daß die verschiedenen Sachen zusammengehören, und ein Ganzes ausmachen, sonst sind eigentlich zwei Verträge vorhanden, deren jeder nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit beurtheilt werden muß, wenn auch beide zur selben Zeit abgeschlossen wurden.

§. 1092.

Erfordernisse.

Mieth- und Pachtverträge können über die nämlichen Gegenstände und auf die nämliche Art als der Kaufvertrag, geschlossen werden. Der Mieth- und Pachtzins wird, wenn keine andere Uebereinkunft getroffen worden ist, wie das Kaufgeld entrichtet.

§. 1093.

Der Eigenthümer kann sowohl seine beweglichen und unbeweglichen Sachen, als seine Rechte in Bestand geben; er kann aber auch in den Fall kommen, den Gebrauch seiner eigenen Sache, wenn er einem Dritten gebührt, in Bestand zu nehmen.

1) Daß zur giltigen Abschließung eines Bestandvertrages sowohl die Fähigkeit der Paciscenten, als die wahre Einwilligung derselben und die Möglichkeit der Leistung erforderlich sei, folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen.

In der ersteren Beziehung waren früher die Israeliten mannigfaltigen Beschränkungen unterworfen, welche aber durch das kais. Pat. v. 4. März 1849 und das allerh. Cabinetsschreiben v. 31. December 1852

*) Adelung's Wörterbuch. Wien 1808. Bd. 3. S. 202 und 635.

außer Wirkſamkeit geſetzt worden ſind, und da die kaiſ. Vdg. v. 12. October 1853, Nr. 190 d. R. G. Bl. nur die vor und bis zum 1. Jänner 1848 in jedem Kronlande beſtandenen, die Beſitzfähigkeit der Iſraeliten beſchränkenden Vorſchriften proviſoriſch wieder in Wirkſamkeit geſetzt hat, ſo können die gedachten Beſchränkungen auch gegenwärtig nicht mehr als geltend angeſehen werden*). Wohl aber kommen nachſtehende Vorſchriften hier zu erwähnen: a) durch die Vdg. v. 21. März 1844, Z. 5373 iſt den Beamten der Staats- und Fondsgüter unterſagt, innerhalb des Bezirkes, in welchem ſie angeſtellt ſind, ſtaatsherrſchaftliche oder den Privatgemeinden, oder andern moraliſchen Perſonen angehörige Realitäten oder Gerechtſame zu pachten, ſo ferne ſie nicht ausdrücklich und für den beſtimmten Fall die Bewilligung der adminiſtrativen Behörde erwirkt haben. Ingleichen iſt b) keinem ſtädtiſchen Beamten erlaubt, ſtädtiſche Realitäten in Pacht zu nehmen (Hfd. v. 29. März 1792, Kropatſchek'ſche G. S. Bd. 1. S. 86) und c) ſollen nach dem Hfd. v. 22. Februar 1799 (ebd. Bd. 13, S. 112) den Förſtern keine in Cultur geſetzte Waldgründe ihrer eigenen Reviere in Pachtung überlaſſen werden. — d) Als Pächter einer Gemeindejagd iſt nach der Miniſt. Vdg. v. 15. December 1852, Nr. 257 des R. G. Bl. nur derjenige zuzulaſſen, gegen welchen in dieſer Eigenſchaft kein Bedenken obwaltet. Die Gemeinde als ſolche, iſt von der Pachtung einer Jagd ausgeſchloſſen, und alle die Umgehung dieſer Vorſchrift bezielenden Pachtverträge ſind ungiltig. — Dagegen unterliegt die Pachtung der Jagd durch eine Geſellſchaft an und für ſich keinem Anſtande, inſoferne gegen die Zulaſſung der einzelnen Mitglieder zur Pachtung überhaupt nicht Bedenken obwalten, oder hierdurch nicht das Verbot der Pachtung durch die Gemeinden umgangen werden will (Miniſt. Erl. v. 17. Februar 1853, Z. 5420). Sind Grundſtücke, deren Beſitzer wegen des nicht 200 Joch erreichenden Umfanges hierauf kein Jagdrecht haben, von einem 200 Joch oder mehr betragenden Grundcomplexe ganz umſchloſſen, ſo iſt dem zur Jagdausübung berechtigten Beſitzer des größeren Grundcomplexes die Befugniß eingeräumt, die der Gemeinde auf dem Enclave zuſtändige Jagd vor jedem andern, und zwar zu dem Preiſe zu pachten, wie derſelbe ſich im Verhältniſſe zu dem für die Gemeindejagd ſonſt bedungenen Pachtzinſe ſtellt. Läßt ſich der Beſitzer des Grundcomplexes zur Pachtung nicht herbei, ſo begibt er ſich hierdurch ſeines eigenen Jagdrechtes, und die Gemeinde iſt befugt, die Jagd auf dieſem Grundcomplexe wie auf dem Enclave (eben wieder durch Verpachtung an einen Dritten) auszuüben (Miniſt. Erl. v. 31. Juli 1849, Nr. 342 des R. G. Bl.). — e) In ähnlicher Weiſe muß bei der Verpachtung des Zehents der Eigenthümer vorerſt dem Zehentherrn den Beſtand anbieten (Circ. v. 31. Mai 1797). — f) In Wien dürfen Laden und Gewölbe zu ebener Erde, zu denen der Eingang von der Gaſſe iſt, nach den Vdg. v. 9. Jänner 1798 und 26. Auguſt 1800 (Kropatſchek'ſche G. S. Bd. 24, S. 376) nur an ordentliche Gewerbsleute oder andere Perſonen, welche zu einem

*) Vgl. die Abhandlung von A. Skarnitzl über die Beſitz- und Erwerbsfähigkeit der Iſraeliten in der von mir herausgegebenen Zeitſchrift für innere Verwaltung. J. 1856. Nr. 42 und 43.

öffentlichen Handel von Seite ihrer Obrigkeit befugt sind, und sich hierüber vorläufig bei dem Hauseigenthümer gehörig ausgewiesen haben, in Bestand gegeben werden, widrigenfalls der Vermiether ohne Unterschied der Bestandsverlassung mit einer, dem Betrage des halbjährigen Zinses gleichkommenden Geldstrafe, der Miethsmann aber mit einem Betrage von 10 Reichsthlr. unnachsichtlich belegt, und beide in wiederholten Uebertretungsfällen nach Umständen auch schärfer bestraft werden würden. — g) Welche Personen von der Pachtung der allgemeinen Verzehrungssteuer ausgeschlossen sind, ist in dem Fin. Min. Decr. v. 15. Juli 1829, Z. 5244, dem Hofkammerdecr. v. 2. März 1836, Z. 9403 und dem §. 329 des Amtsunterrichts für die ausübenden Aemter enthalten.

2) Was die Gegenstände anbelangt, über welche Bestandsverträge geschlossen werden können, so wurde schon oben bemerkt, daß sowohl bewegliche als unbewegliche, körperliche und unkörperliche Sachen in Bestand gegeben werden können. Dieß gilt selbst von dem Rechte der Fruchtnießung (vgl. Bd. 2. S. 197 d. W.)*), aber nicht von der Dienstbarkeit des Gebrauches (vgl. ebd. S. 194). Dingliche Servituten können vom herrschenden Grunde nicht getrennt und auf andere Personen nicht übertragen, folglich auch nicht abgesondert vermiethet oder verpachtet werden**). Auch Dienstleistungen sind kein Gegenstand des Bestand-, sondern vielmehr des Lohnvertrages, von welchem in dem nächsten Hauptstücke gehandelt wird***). Ingleichen können Industrieprivilegien nach dem §. 22 des k. Pat. v. 15. August 1852, Nr. 184 des R. G. Bl., und Realgewerbe nach dem Hfd. v. 17. Mai 1803 und 5. Jänner 1818 u. a. verpachtet werden, wogegen die Bestandverlassung eines Personalgewerbes mit dem Verluste desselben bedroht ist (Vdg. v. 29. Jänner 1784, 12. Mai 1786, 28. December 1790 und 8. Jänner 1791). — Die Vermiethung oder Verpachtung einer fremden Sache muß nach gleichen Grundsätzen, wie der Verkauf einer fremden Sache (s. oben S. 247), beurtheilt werden†); während man aber seine eigene Sache nicht kaufen kann, ist es allerdings denkbar, daß man in die Lage komme, sie in Bestand zu nehmen, und zwar dann, wenn der Gebrauch derselben (z. B. in Folge testamentarischer Anordnung) Jemand Anderem gebührt (§. 1093), oder wenn ein Miteigenthümer die ihm mit einem Andern gemeinschaftliche Sache miethet oder pachtet.

3) Daß derjenige, der nur ein zeitliches Recht auf eine Sache hat, diese auch nur für die Zeit seines Besitzes in Bestand zu geben berechtigt sei, folgt schon aus den allgemeinen Bestimmungen der §§. 442, 468 und 527 ††).

---

*) Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest. fr. 12. §. 2. Dig. de usufr. (7, 1).

**) Locare servitutem nemo potest. fr. 44. Dig. loc. cond. (19, 2).

***) Nach dem römischen Rechte unterscheidet man bekanntlich eine locatio conductio rerum, operis und operarum.

†) Scheidlein, a. a. O. S. 15. und F. J. Kopezky, der Wohnungs-Bestandvertrag. Wien 1841, §. 24.

††) In diesem Sinne erflossen auch die Hofd. v. 26. Mai 1821, Nr. 1763 der J. G. S., und v. 19. Jänner 1844 über das Befugniß geistlicher Pfründner,

4) Der Mieth- und Pachtzins wird, wenn keine andere Uebereinkunft getroffen worden ist, wie das Kaufgeld entrichtet, er darf also weder unbestimmt noch gesetzwidrig sein (vgl. §. 1054). Insbesondere kann auch ein Bestandvertrag wegen Verletzung über die Hälfte (§§. 934, 935 und 1060) bestritten werden, wenn der Bestandzins nicht einmal die Hälfte dessen beträgt, was der gemeine Werth des Gebrauches der überlassenen Sache ausmacht, oder wenn er denselben um mehr als das Doppelte übersteigt.

§. 1094.

Sind die vertragschließenden Theile über das Wesentliche des Bestandes, nämlich über die Sache und den Preis, übereingekommen; so ist der Vertrag vollkommen abgeschlossen, und der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen. Wirkung.

§. 1095.

Wenn der Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.

1) Der Bestandvertrag ist ein Consensualvertrag; durch die Abschließung desselben erlangt der Bestandnehmer das Recht, auf die Uebergabe des Bestandstückes zu dringen, und dasselbe während der vertragsmäßig bestimmten Zeit zu seinem Gebrauche zu verwenden. Dieses Recht ist ein bloß persönliches, welches wohl gegen die Erben des Bestandgebers (§. 548), nicht aber gegen einen Particularnachfolger desselben (§. 1120), geltend gemacht werden kann. Selbst nach erfolgter Uebergabe wird das Recht des Bestandnehmers nicht in ein dingliches verwandelt, denn er erlangt weder das Eigenthum, noch selbst den Besitz der in Bestand gegebenen Sache, sondern er übt denselben nur an der Stelle des Bestandgebers aus. Da übrigens das Bestandrecht unter die veräußerlichen Rechte gehört, so ist nicht abzusehen, warum es nicht auch (nach §. 448) als Pfand dienen könnte (s. oben S. 245) *).

---

hinsichtlich des ihnen zum Genusse eingeräumten Stiftungsvermögens, Pacht- und Miethverträge abzuschließen.

*) Die Frage, wie das Pfandrecht hierauf erworben werde, müssen wir wieder in das Gebiet des gerichtlichen Verfahrens verweisen. Vgl. den Aufsatz von W. Recker: Kann dem Gläubiger des Pächters auf die unabgesonderten Früchte eines Pachtgrundes desselben ohne Intabulation des Pachtvertrages und einer executionsfähigen Urkunde das Pfandrecht und rücksichtlich die executive Sequestration ertheilt werden? (Jurist, Bd. 17, S. 492.) — Wir meinen diese, vom Verf. verneinte Frage, im Allgemeinen allerdings bejahen zu müssen, und können nur, wie gesagt, in die Darstellung der zu beobachtenden Formen nicht eingehen.

2) Das Institut der öffentlichen Bücher*) bietet dem Bestandnehmer die Möglichkeit dar, sein aus dem Bestandvertrage hervorgehendes persönliches Recht nach Art eines dinglichen geltend zu machen (s. oben S. 245), so daß es gegen jeden nachfolgenden Besitzer (jedoch unter der Beschränkung des §. 1121) ausgeübt werden kann. Immerhin ist es aber auch in dieser Gestalt noch von anderen dinglichen Rechten verschieden, und es könnte daher der Bestandnehmer ungeachtet der erfolgten Eintragung des Bestandvertrages z. B. den bisherigen Miether der Wohnung nicht mittelst einer gegen ihn gerichteten Klage aus derselben verdrängen, sondern müßte sich dießfalls an den Bestandgeber halten**).

3) Da es dem Berechtigten nicht gestattet ist, das ihm zustehende Befugniß durch einen einseitigen Act willkürlich zu erweitern, so kann die Eintragung des Bestandvertrages in die öffentlichen Bücher auch nur mit Einwilligung des Bestandgebers erfolgen, und es wäre daher in Ermanglung derselben auch nicht einmal eine Pränotation zuläßig***).

4) Die in Frage stehende Eintragung dient nur zur Wahrung der Rechte des Bestandnehmers; die Befugnisse des Bestandgebers werden dadurch nicht erweitert. Der Particularnachfolger des Letzteren kann daher nicht auf die Fortsetzung des Bestandvertrages durch die noch übrige Zeit dringen, wenn er sich nicht die Rechte aus demselben von seinem Vormanne abtreten ließ.

§. 1096.

Wechselseitige Rechte: 1) in Hinsicht auf Ueberlassung, Erhaltung, Benützung;

Die Vermiether und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten, und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wirthschaftsgebäude hat der Pächter nur in so weit, als sie mit den Materialien des Gutes, und den Diensten, die er nach der Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtiget ist, bestritten werden können, selbst zu tragen, die übrigen aber dem Verpächter zur Besorgung anzuzeigen.

---

*) Daß hierunter auch die Hypotheken- und Notifikenbücher im lombardisch-venetianischen Königreiche und in Dalmatien zu verstehen seien, erklärt die a. h. Entschl. v. 23. März 1841, und die Justiz-Minist. Vdg. v. 28. November 1855, Nr. 204 des R. G. Bl.

**) Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 242, und Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4. S. 296. — Scheidlein (a. a. O. S. 20) meint, das Bestandrecht werde durch Einverleibung in eine persönliche Servitut verwandelt, allein es unterscheidet sich von dieser wesentlich dadurch, daß es nicht mit dem Tode des Berechtigten erlischt.

***) Anderer Meinung ist Scheidlein, a. a. O. S. 20; s. dagegen die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 8. Juli 1852, Z. 6869, in der a. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 110.

§. 1097.

Hat der Bestandnehmer einen dem Bestandgeber obliegenden nothwendigen, oder einen nützlichen Aufwand auf das Bestandstück gemacht; so wird er als ein Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet (§. 1036); er muß aber den Ersatz längstens binnen sechs Monaten, nach Zurückstellung des Bestandstückes, gerichtlich fordern, sonst ist die Klage erloschen.

1) Der Bestandgeber ist vor Allem verpflichtet, die Bestandsache in brauchbarem Stande, also in einem solchen Zustande zu übergeben, daß der gewöhnliche oder insbesondere bedungene Gebrauch davon gemacht werden kann; nur wenn der Bestandnehmer sich anheischig gemacht hätte, die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit der Abschließung des Vertrages befindet, zu übernehmen, hat der Bestandgeber nur dafür zu haften (vgl. §. 1047). Würde das Bestandstück vor der Uebergabe dem Verkehre entzogen, oder zufälliger Weise ganz oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet, oder wäre ein beträchtlicher Theil desselben für längere Zeit unbrauchbar geworden, so ist der Bestandvertrag als nicht geschlossen anzusehen (vgl. §§. 1064 und 1117).

2) Dem Bestandgeber liegt ferner die Verpflichtung ob, den Bestandnehmer in dem bedungenen Gebrauch nicht zu stören, und ihm erforderlichen Falles für die Entziehung desselben Gewähr zu leisten*).

3) Der Bestandgeber muß aber auch weiters die Bestandsache auf eigene Kosten in brauchbarem Stande erhalten, also die in Folge der Abnützung unbrauchbar geworden Bestandtheile (z. B. Fenster, Oefen einer Wohnung u. dgl.) durch neue ersetzen**). Der Bestandnehmer hat ihm zu diesem Behufe die Anzeige zu machen, und es kommt ihm nicht zu, die betreffenden Auslagen selbst zu bestreiten, und sohin den Ersatz dafür anzusprechen. Hätte er es dennoch gethan, so wird er dießfalls wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt. Das Gleiche gilt hinsichtlich des von dem Bestandinhaber nützlich gemachten Aufwandes***), und es ist zugleich für

---

*) Ex conducto actio conductori datur. — Competit autem ex his causis fere: utputa si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges ejus stare oporteat; si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. fr. 15. pr. u. §. 1. Dig. l. c. (19, 2) u. a. m.

**) Eadem (i. e. teneri locatorem inquilino) intelligimus, si ostia fenestraeve nimium corruptas locator non restituat. fr. 25. §. 2. Dig. l. c. (19, 2).

***) Colonus, quum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilominus in fundum vineas instituit, et propter earum fructum denis amplius aureis nummis ager locari coeperat. Quaesitum est: si dominus istum colonum fundo ejectum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumtus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit, opposita doli mali exceptione? Respondi: vel expensas consecuturum, vel nihil amplius praestaturum. fr. 61. pr. Dig. l. c. (19, 2).

die Geltendmachung der dießfälligen Ansprüche, in ähnlicher Weise wie beim Verwahrungs- und beim Leihvertrage (§§. 967 und 982) eine kurze Verjährungsfrist festgesetzt. Von dem Aufwande, welcher bloß zum Vergnügen oder zur Verschönerung gemacht wurde, ist der Bestandnehmer berechtiget, Alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann (vgl. §. 332), also z. B. die in einem Garten aufgestellten Statuen wieder zu entfernen*).

4) Von dem oben aufgeführten Grundsatze, daß der Bestandgeber allen, zur Erhaltung der Sache in brauchbarem Zustande nothwendigen Aufwand zu tragen hat, findet nur bei Pachtungen eine auf Billigkeit gegründete Ausnahme statt, welche im Schlußsatze des §. 1096 enthalten ist.

§. 1098.

Miether und Pächter sind berechtiget, die Mieth- und Pachtstücke, dem Vertrage gemäß, durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benützen, oder auch in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachtheil des Eigenthümers geschehen kann, oder im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist.

1) Der Bestandnehmer erreicht durch den Bestandvertrag das volle Gebrauchsrecht der Sache, und kann beliebig über dasselbe verfügen. Ist über die Art des Gebrauches nichts Näheres bestimmt worden, so ist der Miether oder Pächter berechtiget, den nach der Natur der Sache und den obwaltenden Umständen gewöhnlichen Gebrauch zu machen**); war aber eine Beschränkung beigefügt worden (z. B. daß auf dem verpachteten Acker nur Korn gebaut werden dürfe, so hat er sich darnach zu richten.

2) Der Bestandnehmer ist weiter auch befugt, das Bestandrecht an einen Andern abzutreten, d. h. die Sache in Afterbestand (sublocatio)

---

*) Si inquilinus ostium, vel quaedam alia aedificio adjecerit, quae actio locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat; sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed et ut pristinam faciem aedibus restituat. fr. 19. §. 4. Dig. l. c. (19, 2).

**) Vieles wird hier in jedem einzelnen Falle immer der klugen Beurtheilung des Richters anheimgegeben bleiben. Vgl. den von Dr. Tegazzini und Dr. Menzel im Jurist. Bd. 16. S. 447 und 477 dargestellten Rechtsfall. A. hatte eine große Wohnung in dem Hause des B. gemiethet, welche so gelegen war, daß man durch ein großes Einfahrtsthor über den Hof des Hauses gehen mußte, um zu der betreffenden Stiege zu gelangen. A. hielt eine Equipage, welche aber anderorts untergebracht war, da die im Hause befindlichen Stallungen und Wagenschoppen theils vom Hauseigenthümer selbst benützt wurden, theils an andere Parteien bereits vermiethet waren. Als nun der Miether den Wagen zu seiner Stiege heranfahren ließ, um daselbst ein- und auszusteigen, wollte ihm B. diese Benützung der Einfahrt und des Hofraums untersagen, ungeachtet, wie schon bemerkt, von ihm selbst sowohl als von einer andern Miethpartei in dem Hause ein- und ausgefahren wurde. Mit Recht — scheint uns — erkannten die Gerichte zu Gunsten des Klägers A.; doch glauben wir,

zu geben*); nur darf dieß natürlich (§. 442), nicht auf längere Zeit geschehen, als für welche der Bestandsvertrag eingegangen wurde, und eben so wenig darf dem Afterbestandnehmer ein anderer Gebrauch der Sache zugestanden werden, als welcher dem Bestandinhaber selbst zusteht.

3) Eine Ausnahme von der eben angedeuteten Regel findet dann statt, wenn a) die Aftervermiethung als Afterverpachtung im Vertrage ausdrücklich untersagt wurde; b) wenn sie zum Nachtheile des Bestandgebers gereichen würde, wie wenn z. B. ein gemiethetes Handlungsgewölbe einem Schlosser in Afterbestand gegeben werden wollte**); c) in so ferne das Gesetz eine Beschränkung enthält. So wurde schon durch das Hfd. v. 4. März 1796 (pol. G. S. Bd. 8, S. 92) für Wien untersagt. Wohnungen, in welchen der Miether nicht selbst wohnet, oder ganze Häuser bloß in der Absicht zu miethen, um sie ganz oder theilweise wieder im Afterbestande zu verlassen; so daß Derjenige, welcher in dieser Absicht eine Wohnung miethet, und auch der Hauseigenthümer, welcher auf diese Art eine Wohnung vermiethen sollte, jeder mit dem Erlag eines halbjährigen Zinsbetrages gestraft wird. Nur wenn der Miether, wegen unvermutheter Abreise, oder anderen Verhältnissen, die Wohnung selbst zu bewohnen, gehindert wird, kann er seine ganze Wohnung für die Dauer des mit dem Hauseigenthümer geschlossenen Contracts, oder in Ermanglung eines Contracts, längstens auf ein halbes Jahr in Afterbestand vermiethen. Diese Befugniß haben auch die Erben des Bestandmannes, welcher mit Tode abgehen sollte. In jedem solchen Falle aber sind der Bestandmann oder dessen Erben verbunden, noch vor der Aftervermiethung die Anzeige dem Stadtmagistrate zu machen. Wer diese Anzeige unterläßt, wird ebenfalls mit dem Erlage eines halbjährigen Zinsbetrages bestraft.

Diese Verordnung wurde durch die Vdg. der n. österr. Landes-Reg. v. 12. Mai 1802 (pol. G. S. Bd. 17, S. 124) mit dem Beisatze erneuert, daß derjenige, welcher eine größere Wohnung miethet, als er für sich nöthig hat, zu seiner Erleichterung nicht mehr, als höchstens den dritten Theil der ganzen Wohnung weiter vermiethen dürfe. Dieser dritte Theil ist nach der bei der Wohnung vorfindigen Anzabl von Zimmern dergestalt zu bestimmen, daß, wo sich die Anzahl von Zimmern nicht in drei Theile abtheilen läßt, stets nur die unter dem Drittheile ausfallende Zahl von Zimmern verlassen werden kann (n. österr. Reg. Vdg. v. 3. December 1807; Kropatschek, G. S. Bd. 23, S. 767). Bei Wohnnungen, welche nur aus zwei Zimmern bestehen, oder die ur ein Zimmer und eine Kammer haben, ist es gestattet, ein Stück davon zu vermiethen. Eine wiederholte Einschärfung dieser Vorschriften ist in der

---

daß anders hätte entschieden werden müssen, wenn schon zur Zeit der Abschließung des Miethcontractes der Thorraum mit einem Barriere-Stocke für Wägen unzugänglich gewesen wäre, oder vielleicht auch dann, wenn weder der Hauseigenthümer noch ein anderer Miethsmann den Hofraum zur Einfahrt benützt hätte.

*) Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit. const. 6. Cod. de loc. et cond. (4, 65).

**) Scheidlein, a. a. O. S. 44.

u. österr. Reg. Vdg. v. 21. Mai 1810 (Goutta'sche G. S. Bd. 2, S. 510) und in dem Hofkanzleidec. v. 28. April 1811, Nr. 944 der J. G. S. enthalten. — Auch für die Stadt Triest besteht eine ähnliche Verfügung in dem Hfd. v. 12. September 1796 (polit. G. S. Bd. 9, S. 12). Dagegen wurde das mit dem Hfd. v. 20. September 1805, Nr. 749 der J. G. S. für die Bukowina erlassene Verbot der Afterpachtungen durch das Hfd. v. 16. Jänner 1813, Nr. 1025 ebd., für aufgehoben erklärt.

§. 1099.

2) Lasten; **Bei Vermiethungen trägt alle Lasten und Abgaben der Vermiether. Bei eigentlichen Pachtungen, wenn sie in Pausch und Bogen geschehen, übernimmt der Pächter, mit Ausschluß der eingetragenen Hypothekar-Lasten, alle übrige; wird aber die Pachtung nach einem Anschlage geschlossen, so trägt er jene Lasten, welche von dem Ertrage abgezogen worden sind, oder bloß von den Früchten, und nicht von dem Grunde selbst entrichtet werden müssen.**

1) Hinsichtlich der auf dem Bestandstücke haftenden Lasten*) d. i. aller jenen positiven Leistungen, welche (wie Staats- und Gemeindeabgaben) aus einem öffentlichen, oder (wie die Zinsen der Hypothekarschulden) aus einem Privat-Rechtstitel entspringen, unterscheidet unser Gesetz zwischen der Miethe und dem Pachte. Bei Vermiethungen wird gewöhnlich schon bei Bestimmung des Miethzinses auf diese Lasten Rücksicht genommen, es hat sie daher ohne Ausnahme der Vermiether zu tragen, und zwar sowohl die ordentlichen als außerordentlichen (z. B. Einquartierungen feindlicher Truppen, wofern dieselben nicht ausdrücklich als Personallast erklärt wurden). Dagegen hat der Miethsmann allerdings jene Einschränkungen seines Gebrauchsrechtes zu dulden, welche aus dem dinglichen Recht eines Dritten (z. B. einer Dienstbarkeit) entspringen. In wie fern ihm jedoch der Vermiether etwa dafür Gewähr leisten müsse, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

2) Bei Pachtungen kömmt weiter darauf zu sehen, ob sie in Pausch und Bogen, oder nach einem bestimmten Anschlage abgeschlossen worden sind. Im ersten Falle übernimmt der Pächter alle ordentlichen und außerordentlichen Lasten, weil er hierbei nicht auf einen gewissen Ertrag, sondern nur auf denjenigen Rechnung macht, der nach Abzug aller Auslagen übrig bleibt. Eine Ausnahme findet blos in Ansehung der Hypothekarschul-

---

*) Construat autem vias publicas unusquisque secundum propriam domum, et aquaeductus purget, qui sub die sunt, et construat ita, ut non prohibeatur vehiculum transire. Quicunque autem mercede habitant, si non construat dominus, ipsi construentes computent dispendium in mercedem fr. un. §. 3. Dig. de via publ. (43, 10).

den statt, die eigentlich die Person des Verpächters treffen und nur zufällig mit dem Gute in Verbindung stehen *).

3) Ist dem Pachte ein Anschlag zu Grunde gelegt worden, so trägt der Pächter nur jene Lasten, die er vermöge dieses Anschlages übernommen hat; neu aufgelegte ordentliche wie außerordentliche Abgaben würde daher der Verpächter zu leisten haben.

4) Jene Lasten, die nicht vom Grunde selbst, sondern bloß von den Früchten zu leisten sind (z. B. den Zehent) hat in jedem Falle der Pächter zu tragen, da die Früchte durch Perception sein Eigenthum werden.

§. 1100.

Außer dem Falle einer besonderen Verabredung ist der Zins, wenn eine Sache auf Ein oder mehrere Jahre in Bestand genommen wird, halbjährig, bei einer kürzeren Bestandzeit hingegen nach Verlauf derselben zu entrichten. 3) Zins.

1) Der Bestandzins ist, wenn keine besondere Verabredung getroffen wurde, in der Regel nach Verlauf der Bestandzeit **) zu entrichten; nur wenn eine Sache auf Ein oder mehrere Jahre in Bestand genommen wird, hat das Gesetz in billiger Berücksichtigung der Interessen des Bestandgebers die Verfügung getroffen, daß der Zins je nach Verlauf eines halben Jahres zu bezahlen komme. Abgesehen von einem getroffenen Uebereinkommen, oder einer speciellen Vorschrift des Gesetzes (wie sie z. B. in der Miethordnung für Lemberg v. 21. September 1792, Nr. 1024 der J. G. S. enthalten ist), kann also der Vermiether und Verpächter weder die Vorausbezahlung des Mieth- oder Pachtzinses verlangen, noch im Falle der Nichtzahlung die Uebergabe der Bestandsache an den Miethsmann oder Pächter verweigern ***).

2) Die oben angegebenen Fristen beginnen mit dem Zeitpunkte, da der Bestandnehmer die Sache dem Vertrage gemäß übernehmen sollte, und der Bestandgeber sie ihm zu übergeben bereit war.

---

*) Ohne Zweifel dürfte daher der Verpächter auch die Zinsen der Hypothekarschulden zu tragen haben, wie schon Nippel (Erläut. Bd. 7. S. 253) gegen Scheidlein (a. a. O. S. 51) bemerkt hat; wohl aber müßte der Pächter sich gefallen lassen, daß der Hypothekar-Gläubiger sein dingliches Recht auf die verpachtete Sache (z. B. durch Sequestration) geltend mache, und daher, wenn er es nicht zur Execution kommen lassen will, die Schuld bezahlen, wofür ihm freilich der Verpächter Ersatz zu leisten hätte (Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 302.).

**) Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere. fr. 24. §. 2. Dig. l. c. (19, 2).

***) Kopezky (Fr.): Ueber die Vorausbezahlung des Miethzinses bei Wohnungen, oder Erörterung der Frage: ob der Vermiether dem Miether wegen der noch nicht geleisteten Vorausbezahlung des Miethzinses die Uebergabe der Wohnung zu verweigern berechtiget sei? (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1842. II. S. 65).

§. 1101.

Zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses hat der Vermiether einer Wohnung das Pfandrecht auf die eingebrachten, dem Miether oder Aftermiether eigenthümlichen, oder von einem Dritten ihnen anvertrauten (§. 367) Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind. Der Aftermiether haftet aber nach Maß seines Miethzinses; doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmiether geschehenen Vorauszahlung entgegen setzen zu können. Dem Verpächter eines Grundstückes hingegen steht das Pfandrecht auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh und die Wirthschaftsgeräthschaften, und die darauf noch befindlichen Früchte zu.

1) In Berücksichtigung des Umstandes, daß der Bestandzins in der Regel erst nach Verlauf der Bestandzeit entrichtet wird, hat schon das römische Recht, und dem Vorgange desselben folgend der vorstehende Paragraph, dem Bestandgeber hinsichtlich seiner Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht eingeräumt, welches bereits zu vielfachen Erörterungen*) Anlaß gegeben hat, und hier ausführlicher beleuchtet werden muß.

2) Das in Frage stehende Recht gebührt nach dem Wortlaute des Gesetzes dem Vermiether einer Wohnung, sowie dem Verpächter eines Grundstückes; doch dürften unter dem ersterwähnten Ausdruck nicht bloß zur Bewohnung bestimmte Räumlichkeiten, sondern überhaupt Gebäude und deren Bestandtheile, die zu andern als landwirthschaftlichen Zwecken bestimmt sind, also Keller, Magazine, Stallungen, Buden, Fabriksgebäude, Schauspielhäuser u. dgl., ja selbst freie Plätze, die nicht zum Fruchtbau, sondern z. B. zum Trocknen der Wäsche, zum Bleichen u. s. w. verwendet werden, zu verstehen sein, wie sowohl aus dem Grunde der gesetzlichen Anordnung, als aus den analogen Bestimmungen der Miethordnungen und des römischen Rechtes hervorzugehen scheint**). Auch dem Afterbestandgeber dürfte es, dem Afterbestandnehmer gegenüber, nicht abzusprechen sein, da unter dem

*) Selbstständige Monographien sind: Erb (Fr.), Versuch über das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers nach dem a. b. G. B. Wien 1832. — Chrudimsky (Ant. A.), das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers und die Art der Geltendmachung desselben. Prag 1844. — Die zahlreichen Aufsätze über einzelne Fragen werden am zukömmlichen Orte erwähnt werden.

**) Si horreum fuerit conductum, vel deversorium, vel arca, tacitam conventionem de invectis et illatis etiam in his locum habere putat Neratius. Quod verius est. fr. 3. Dig. in quib. caus. pign. (20, 2); vgl. auch fr. 4. §. 1. ibd. — Anderer Meinung ist Chrudimsky, a. a. O. S. 32, doch, wie uns däucht, ohne hinreichende Begründung, da die auch von ihm angeführten Miethordnungen nicht gegen, sondern für unsere Ansicht zu sprechen scheinen, und die von dem Verfasser angeregten Besorgnisse in Beziehung auf die Sicherheit des Verkehres, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, nicht vorhanden sind.

allgemeinen Ausdrucke „Vermiether" und „Verpächter" auch der Aftervermiether und Afterverpächter begriffen ist, und wahrlich auch kein Grund besteht, welcher die Gesetzgebung bestimmt haben könnte, das dem Hauptbestandgeber eingeräumte Pfandrecht dem Afterbestandgeber entziehen zu wollen, indem zwischen dem Afterbestandnehmer ganz dieselben Verhältnisse obwalten, wie zwischen dem Hauptbestandgeber und seinem Miethsmanne oder Pächter*).

3) Die Forderung, für welche dem Bestandgeber das fragliche Recht eingeräumt wurde, ist nur die Zinsforderung, nicht auch ein anderer Anspruch, welcher ihm aus dem Bestandvertrage (z. B. nach §. 1111) zusteht**); dagegen ist es gleichgiltig, ob der Zins im vorhinein, oder verfallen entrichtet werden müsse, und ob er schon fällig sei, oder ob es sich um erst künftig fällig werdende Zinsraten handle***).

4) Was das Object des dem Bestandgeber zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes anbelangt, so muß hierbei zwischen Miethe und Pacht unterschieden werden.

a) Dem Vermiether gebührt das Pfandrecht auf die eingebrachten Einrichtungsstücke und Fahrnisse (die s. g. illata et invecta); unter Einrichtungsstücken begreift das Gesetz (§. 674) die zum anständigen Gebrauche der Wohnung und zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften. Zweifelhafter ist: was unter dem Ausdrucke „Fahrnisse" zu verstehen sei. Das Gesetz bedient sich desselben nur noch an zwei Stellen, nämlich im §. 1228, wo es (im Zusammenhange mit §. 1227) alle beweglichen und körperlichen Sachen darunter zu verstehen scheint, und im §. 1131, wo die Fahrnisse von andern beweglichen Sachen unterschieden werden, ohne näher anzugeben, worin sie bestehen. Auch nach gemeinem Sprachgebrauche ist der Ausdruck mehrdeutig, und bezeichnet bald das gesammte bewegliche Vermögen überhaupt, bald den Hausrath insbesondere†). Die gemeine Praxis nimmt ihn nur in der ersteren Bedeutung, und hiermit stimmen auch die meisten Ausleger überein, wiewohl nach römischem Rechte das Pfandrecht des Locators sich nicht auf alle illata vel inducta, sondern nur auf diejenigen erstreckte quae ut ibi sint, illata fuerint (fr. 7. §. 1.

*) S. den in diesem Sinne entschiedenen Rechtsfall in der a. österr. Ger. Ztg. 1855, Nr. 69. — Anderer Meinung ist Ellinger (Handb. 1. 407) ohne nähere Begründung. — Nach römischem Rechte (fr. 11. §. 5. Dig. de pign. act. [13, 7]) hat wohl der Aftervermiether ein Pfandrecht gegen den Aftermiether, nicht aber der Afterverpächter gegen den Afterpächter. Vgl. Thibaut, a. a. O. 336.

**) Anders nach fr. 2. Dig. l. c. (20, 2): Pomponius libro XL variarum Lectionum scribit: *non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.*

***) Vgl. den in der a. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 69 dargestellten Rechtsfall, wo die Gerichte anerkannten, daß der §. 1101 dem Bestandgeber das Pfandrecht auf die Fahrnisse des Bestandnehmers im Allgemeinen einräumt, ohne zu unterscheiden, ob die Verfallzeit der Zinsesforderung bereits eingetreten ist, oder nicht.

†) S. Adelung's Wörterbuch.

Dig. 20, 2), die also zum beständigen Gebrauche der gemietheten Sache dienen sollten. Will man aber auch diese Beschränkung nicht annehmen, so dürften doch keineswegs, wie Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4. S. 305) behauptet, selbst Rechte, die zu ihrer Ausübung nur die Innehabung einer (auf den Ueberbringer lautenden) Urkunde voraussetzen, und keiner Cession bedürfen, sondern bloß durch Uebertragung der Urkunde erworben werden, darunter zu verstehen sein, da wohl die Urkunde als Beweismittel über den Bestand solcher Rechte, nicht aber das Recht selbst „eingebracht" werden kann. Dieses „Einbringen" in die Wohnung ist aber eine wesentliche Bedingung zur Wirksamkeit des dem Vermiether zustehenden Pfandrechtes, so daß Sachen, die zwar dem Miether eigenthümlich angehören, ihm aber noch nicht übergeben worden sind, oder von ihm an einem andern Orte aufbewahrt werden, dem gedachten Pfandrechte nicht unterliegen.

Dagegen erstreckt sich dieses nicht nur auf die dem Miethsmanne, sondern auch auf die dem Aftermiether eigenthümlichen Gegenstände; doch haften die letzteren nur in so weit, als die Zinsforderung des Aftervermiethers reicht, da der Hauptvermiether eigentlich nur an dessen Stelle tritt, und das ihm zustehende Pfandrecht ausübt*). Dagegen kann der Aftermiether, damit die fragliche Sicherstellung nicht vereitelt werde, die Einwendung einer dem Aftervermiether geleisteten Vorauszahlung seines Aftermiethzinses nicht entgegensetzen, worunter jedoch allerdings**) nur eine solche Zahlung zu verstehen sein dürfte, welche der Aftermiether geleistet hat, bevor er sie zu leisten schuldig war, oder welche er wenigstens vor der gesetzlichen Zeit in Folge einer mit dem Aftervermiether getroffenen besonderen Verabredung eher geleistet hat, als der dem Hauptvermiether von dem Hauptmiether zu bezahlende Zins verfallen war.

Das Gesetz geht übrigens noch weiter, und unterwirft dem Pfandrechte des Vermiethers selbst fremde, dem Miether oder Aftermiether von einem Dritten anvertraute Sachen***); doch scheint dieß, nach der beigefügten Berufung auf §. 367 †) nur dann zu gelten, wenn sich der Vermiether in gutem Glauben befindet, wenn er also weder wußte, noch aus den Umständen vermuthen mußte (vgl. §. 326), daß die im Besitze des Mieths-

*) .... si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoraticia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit: solvi ei posse; et si partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi; non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea teneantur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria. fr. 11. §. 5. Dig. de pign. act. (13, 7).

**) Scheidlein, a. a. O. S. 64.

***) Illud notandum est, Praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed ut pignoris nomine inducta sit. Proinde etsi aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic [de migrando] locus erit. fr. 1. §. 5. Dig. de migr. (43, 32).

†) Richtiger wäre freilich die Citation des §. 456 gewesen.

oder Aftermiethsmannes befindlichen Gegenstände einem Andern zugehören*). Würde demnach Jemand einem Fremden eine Wohnung vermiethen und hierbei wissen, daß ein Trödler ihn mit Meubeln versehen, so würde ihm auf diese letzteren kein gesetzliches Pfandrecht zustehen **), und eben so wenig kann dieses auf die dem Miethsmanne nicht anvertrauten, sondern von diesem etwa gefundenen, gestohlenen, oder sonst in unechten Besitz genommenen Gegenstände geltend gemacht werden.

b) Als Objet des Pfandrechtes bei Verpachtungen hatte schon das römische Recht ***) die auf demselben erzeugten Früchte bezeichnet; zwar können hierunter nur die bereits bezogenen verstanden werden, weil die Früchte erst durch die Perception in das Eigenthum des Pächters gelangen, die noch stehenden Früchte dagegen ein Zugehör des Grundstückes bilden, dessen Eigenthum dem Verpächter zukömmt. Dieser Ansicht steht das Hfd. v. 31. October 1800, Nr. 512 der J. G. S., die a. h. Entschl. v. 1. Juni 1818, und das Hfd. v. 13. April 1826, welche dem Verpächter die Sequestration der Früchte einräumen, durchaus nicht entgegen †), da die Sequestration nur dazu dient, zu verhüten, daß die Früchte, die in dem Augenblicke, als sie durch die Perception in das Eigenthum des Pächters übergehen, auch dem Pfandrechte des Verpächters unterworfen werden, von Ersterem nicht verschleppt oder unterschlagen werden, wie die a. h. Entschließ. v. 1. Juni 1818 sogar ausdrücklich hervorhebt. — Als ein weiteres Object des dem Verpächter eingeräumten gesetzlichen Pfandrechtes erscheint auch das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh und die Wirthschaftsgeräthschaften. Unter Ersterem dürften nach dem Geiste der gesetzlichen Anordnung nur die zum ökonomischen Gebrauche gehaltenen Thiere (also nicht auch Luxuspferde u. dgl.), sowie unter den Letzteren nur die zum Betriebe der Landwirthschaft gehörigen Werkzeuge (nicht solche, die von dem Eigenthümer als Handelswaaren erzeugt werden) zu verstehen sein, da, wie auch schon das Wörtchen „hingegen" anzudeuten scheint, dem Verpächter ein

---

*) In einem, in der a. österr. Ger. Ztg. 1854, Nr. 84 dargestellten Rechtsfalle hatte der Hauseigenthümer C. unter den Fahrnissen seines Miethsmannes A., eines Lackirers, auch einen dem Letzteren von B. zum Firnissen übergebenen Wagen in die Pfändung gezogen. Das lomb. Appellationsgericht entschied über die Klage des B. auf Zurückstellung dieses Wagens, „da die von B. im Hause des C. gemietheten Localitäten eben zur Ausübung seines Gewerbes als Lackirer bestimmt waren, dieses Gewerbe es aber seiner Natur nach mit sich bringt, daß die zu lackirenden Wägen in die Localitäten des Lackirers gebracht werden, da C. die Bestimmung der Werkstätte des A. wohl kennen mußte, und weder nach den Vermögensverhältnissen des A. glauben konnte, daß der Wagen diesem gehöre, noch auch ein Grund zu der Vermuthung vorhanden war, daß A. mit Wägen Handel treibe, daher angenommen werden mußte, C. habe diesen Wagen nicht mit gutem Glauben für das Eigenthum des A. halten können". Diese Entscheidung wurde vom obersten Gerichtshofe mit Urtheil v. 20. November 1850 bestätigt.

**) Nippel, Erläut. Bd. 7. S. 259.

***) In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit. fr. 7. pr. Dig. l. c. (20, 2).

†) Anderer Meinung sind Winiwarter, bürg. Recht Bd. 4, S. 307, und Chrudimsky, a. a. O. S. 47.

Recht der Sicherstellung nur auf solche Gegenstände eingeräumt werden wollte, die mit dem Pachtgute doch in irgend einem Zusammenhange stehen. Anderseits unterscheidet das Gesetz nicht, ob das Bestandstück in Afterpacht gegeben wurde, oder nicht; es muß daher angenommen werden, daß auch im Falle eines Afterpachtes die im Gesetze bezeichneten Gegenstände dem Pfandrecht des Hauptverpächters unterworfen bleiben, und zwar hier ohne Rücksicht auf das Maß des von dem Afterpächter etwa zu entrichtenden Pachtzinses, wie dieß auch im römischen Rechte, dem sich unsere Gesetzgebung offenbar auf das Innigste angeschlossen hat, der Fall war *).

5) Bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung des dem Bestandgeber zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes erklärt das Hfd. v. 10. April 1837, Nr. 189 der J. G. S. (Nr. 70 des Anh. zum b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 67 des Anh. zum b. G. B. für Siebenbürgen) **), daß das dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht auf die Einrichtungsstücke und Fahrnisse schon durch deren Einbringung in die vermiethete Wohnung begründet werde, daher als von diesem Zeitpunkte an wirksam angesehen werden müsse, wenn auch der Bestandgeber noch keine Zinsklage überreicht, oder die Beschreibung der Einrichtungsstücke und Fahrnisse angesucht hat. Dieser Zeitpunkt der Einbringung dürfte auch bezüglich des dem Pfandrechte des Verpächters unterworfenen Viehes und Wirthschaftsgeräthes der entscheidende sein, während das Pfandrecht auf die Früchte des Pachtgutes, wie schon oben bemerkt wurde, durch die Perception derselben erworben wird; und zwar ohne Unterschied, ob die Perception durch den Pächter oder Afterpächter, oder durch einen Dritten geschah, dem etwa die Früchte auf dem Halme verkauft worden sind, da Niemand einem Andern mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat (§. 442).

Wären die eingebrachten Fahrnisse schon zur Zeit ihrer Einbringung einem Dritten verpfändet gewesen, aber in Gewahrsam des Schuldners belassen worden, so ist der Fall collidirender Pfandrechtsansprüche vorhanden, welcher, wie wir schon Bd. 2, S. 41 d. W. bemerkt haben, nach der Analogie des §. 430 (s. Bd. 1, S. 816 d. W.) dahin entschieden werden muß, daß das Pfandrecht demjenigen gebühre, dem die Sache zuerst übergeben wurde; als solcher erscheint aber hier der frühere Pfandgläubiger, da wir vorausgesetzt haben, daß derselbe nicht bloß einen Titel zum Pfandrecht, sondern das Pfandrecht selbst wirklich (z. B. durch die pfandweise Beschreibung von Seite des Gerichtsdieners) erworben habe, und daß der Schuldner nur die Gewahrsame des Pfandgläubigers

---

*) Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset. fr. 24. §. 1. Dig. loc. cond. (19, 2). — S. auch fr. 53. ibd.

**) Auch das Hfd. v. 13. April 1826 hatte schon erklärt, daß das Pfandrecht des §. 1101, welches in dem Gesetze selbst gegründet ist, vorhanden sei, und seine Wirksamkeit äußere, ohne Rücksicht auf eine Beschreibung oder Sequestrirung der gerichtlich gepfändeten Fahrnisse zu Gunsten des Vermiethers oder Verpächters, indem diese Mittel nur dazu dienen, um das Pfandrecht selbst noch besser zu schützen und sichern zu können.

ausübt, die Pfandstücke also nur in dessen Namen inne hat. Das später (erst mit der Einbringung) erworbene Pfandrecht des Bestandgebers scheint demnach dem früher erworbenen Pfandrechte des Dritten weichen zu müssen *)

Dagegen kann es jenen Gläubigern des Miethsmannes, welche auf die illata et invecta und eben so auf die Früchte des Pachtgutes erst nachher, wenngleich ehe noch von dem Bestandgeber die Zinsklage überreicht, oder die Beschreibung oder Sequestration angesucht wurde, ein Pfandrecht erwerben, mit Erfolg entgegengesetzt werden **).

6) Der klaren Bestimmung des §. 1101 zu Folge erstreckt sich das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters nur auf jene, demselben überhaupt unterworfenen Gegenstände, welche zur Zeit der Klage noch in der Wohnung oder auf dem Pachtgute befindlich sind; es erlischt also an jenen Sachen, welche vor Ueberreichung der Zinsklage, mit oder ohne Einverständniß des Bestandnehmers hinweggeschafft werden, mag der Bestandgeber darum wissen oder nicht, und mögen dieselben von einem Dritten, und zwar redlicher oder unredlicher Weise erworben worden sein ***). Dem Bestandgeber steht nur das Recht zu, nach eingereichter Klage sogleich die gerichtliche Beschreibung der vorhandenen Effecten zu fordern, welche ihm nach dem Hfd. v. 5. November 1819, Nr. 1621 und v. 11. Mai 1820, Z. 1371 auch ohne Anberaumung einer Tagsatzung (außer wenn besondere Bedenklichkeiten obwalten sollten) bewilligt werden muß. Nach vorgenommener pfandweisen Beschreibung dürfen sohin die beschriebenen Gegenstände nicht weiter eigenmächtig entfernt werden, und wäre es dennoch geschehen, so würde der Bestandgeber das ihm zustehende Pfandrecht — eben weil es ein dingliches Recht ist, — auch gegen den dritten Erwerber geltend machen können, vorausgesetzt daß von diesem nicht eine aus der Analogie des §. 367 hergeholte Einwendung (s. Bd. 2, S. 109 d. W.) entgegengesetzt werden kann.

7) Selbst noch vor überreichter Zinsklage dürfte dem Bestandgeber das Recht zustehen, wenn er eine Gefahr wahrscheinlich macht, daß der Bestandnehmer die nach §. 1101 gesetzlich verpfändeten Effecten zum Nachtheile seiner Zinsforderung veräußern, verschleppen, unterschlagen oder verbergen, und sich dadurch seiner Verbindlichkeit entziehen dürfte, die Sequestration derselben anzusuchen †); zu weit scheint uns aber Chrudimsky zu gehen, wenn er (a. a. O. S. 50) behauptet, daß der Bestand-

---

*) S. Nippel, Erläut. Bd. 7. S. 266 gegen Scheidlein, a. a. O. S. 74.

**) Hinsichtlich der Miethe ist dieß ausdrücklich in dem o. a. Hfd. vom 10. April 1837 ausgesprochen; offenbar muß es aber auch bei Pachtungen gelten. S. den in der allg. österr. Ger. Ztg. v. 1857, Nr. 8 dargestellten Rechtsfall und die darin angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 18. November 1856, Z. 10152.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 74, gegen Zeiller (Comment. Bd. 3. S. 417).

†) Ausdrücklich bestimmt dieß nur für die Lombardei und Venedig die a. h. Entschl. v. 1. Juni 1818 und für Ungarn u. s. w. und Sieben-

geber die Hinwegschaffung der ihm gesetzlich verpfändeten Fahrnisse, selbst ehe noch ein Zinsrate rückständig geworden ist, eigenmächtig (also ohne vorläufig erwirkte Sequestration) hindern könne*), und daß eine von einem Gläubiger des Bestandnehmers angesuchte Transferirung der Fahrnisse im Executionswege nur nach vorläufig eingeholtem Einverständnisse des Bestandgebers vorgenommen werden dürfe (ebd. S. 52).

8) Wie das Pfandrecht des Bestandgebers im Falle eines über das Vermögen des Bestandgebers ausgebrochenen Concurses geltend zu machen sei, muß den Erörterungen über das processualische Verfahren überlassen bleiben**).

§. 1102.

Der Bestandgeber kann sich zwar die Vorausbezahlung des Bestandzinses bedingen. Hat aber der Bestandnehmer mehr als eine Fristzahlung vorausgeleistet; so kann er dieselbe nur in dem Falle, daß sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, den später eingetragenen Gläubigern entgegen setzen.

1) Es ist schon oben (S. 287 d. W.) bemerkt worden, daß der Bestandzins, wenn keine besondere Verabredung getroffen wurde, verfallen entrichtet wird; doch ist kein Grund vorhanden, ein entgegengesetztes Uebereinkommen der Parteien für unstatthaft zu erklären; nur darf dasselbe den Rechten dritter Personen nicht zu nahe treten. Dieß könnte rücksichtlich der Hypothekargläubiger der Fall sein, welche mit dem Pfandrechte auf die in Bestand gegebene Sache auch ein Recht auf die Früchte und Nutzungen derselben (daher auch auf den Bestandzins) erlangen, ja oft (wie z. B. bei Lehen, Fideicommissen, Stiftungsfondsgütern u. dgl.) nur aus diesen ihre Befriedigung erhalten können. Die zur Zeit einer solchen Vorauszahlung auf dem Bestandstücke bereits eingetragenen Gläubiger können demnach ihr Pfandrecht (im Wege der Sequestration) ohne Rücksicht auf dieselbe geltend machen, und der Bestandnehmer, der sie geleistet, würde sich daher der Gefahr aussetzen, noch einmal bezahlen zu müssen, und sich nur im Regreßwege an den Bestandgeber zu erholen***). Dieß gilt nach der Anordnung des Gesetzes auch rücksichtlich der später eingetragenen Gläubiger, damit

---

bürgen der §. 428 der daselbst geltenden Civilproceßordnungen. Es scheint aber auch in den übrigen Kronländern zu Folge der allgemeinen Bestimmungen über provisorische Sicherheitsmaßregeln statt zu finden.

*) S. dagegen Vesque v. Püttlingen: Bemerkungen über die Geltendmachung des dem Vermiether einer Wohnung eingeräumten gesetzlichen Pfandrechtes auf die Fahrnisse des Miethers in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1839, I. S. 240.

**) Vgl. insbesondere v. Mühlfeld, Civilrechtsfall, das im §. 1101 des a. b. G. B. dem Vermiether eingeräumte gesetzliche Pfandrecht betreffend (Jurist. Bd. 1, S. 51).

***) Nippel, Erläut. Bd. 7. S. 272. — Scheidlein, a. a. O. S. 82.

sie in ihrer Aussicht auf Befriedigung durch die Nutzungen der verpfändeten Bestandsache nicht getäuscht werden.

2) Ihnen (nicht auch den bereits früher eingetragenen Gläubigern) gegenüber ist aber dem Bestandnehmer die Möglichkeit eingeräumt, eine Vorauszahlung des Bestandzinses auch ohne weitere Gefahr zu leisten, indem er dieselbe nämlich in die öffentlichen Bücher eintragen läßt. Hierdurch wird für jeden spätern Gläubiger ersichtlich, in wie weit er aus der Pfandsache Deckung für seine Forderung zu erwarten habe, er kann sich also darnach richten. Eine solche Eintragung begründet übrigens, wie uns scheint, für den Bestandnehmer kein neues dingliches Recht*), sondern sie hat nur zur Folge, daß er wegen der geleisteten Vorauszahlung von den späteren Hypothekargläubigern nicht in Anspruch genommen werden kann; sie dürfte mithin nach der Analogie der Hfd. v. 29. August 1818, Nr. 4 und v. 18. August 1824, Nr. 2030 der J. G. S. allerdings nur im Wege einer „Anmerkung" zu geschehen brauchen**).

3) Die bisherigen Erörterungen beziehen sich durchwegs nur auf den Fall, daß mehr als Eine Fristzahlung vorausgeleistet wurde; eine solche Zahlung kann daher von dem Bestandgeber ohne Gefahr einer weitern Haftung vorgenommen werden, da sie an vielen Orten gebräuchlich ist; doch dürfte unter „Frist" nicht ein von den Parteien beliebig festgesetzter Termin, sondern ein gesetzlich oder herkömmlich bestimmter Zeitraum zu verstehen sein, da es sonst in der Macht der Paciscenten läge, durch Festsetzung recht langer Zahlungsfristen die Absicht des Gesetzgebers zu vereiteln.

§. 1103.

Wenn der Eigenthümer sein Gut mit der Bedingung überläßt, daß der Uebernehmer die Wirthschaft betreiben, und dem Uebergeber einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Theil, z. B. ein Dritttheil oder die Hälfte der Früchte geben solle; so entsteht kein Pacht-, sondern ein Gesellschaftsvertrag, welcher nach den darüber aufgestellten Regeln beurtheilet wird. Zins in Früchten.

Der Bestandzins kann wohl in einer bestimmten Quantität von Früchten, nicht aber in einem verhältnißmäßigen Theile derselben bestehen, weil sonst der Bestandvertrag in einen Gesellschaftsvertrag übergeht (s. oben S. 276).

---

*) Nippel (Erläut. Bd. 7. S. 272) meint, der Bestandnehmer erlange dadurch ein eventuelles Pfandrecht für den Fall, als der Bestandvertrag etwa vor Ablauf der bestimmten Frist aufgelöst würde, und ihm daher ein Theil des Bestandzinses zurückgezahlt werden müßte. Allein dazu wurde die Eintragung nach der Absicht der Parteien ganz und gar nicht vorgenommen, und ein solches Pfandrecht könnte unseres Erachtens nur durch die Eintragung des Bestandvertrages selbst, und auch dann nur, wenn darin auf den fraglichen Fall insbesondere Rücksicht genommen würde, erwirkt werden.

**) Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4, S. 313. —

§. 1104.

Fälle und Bedingungen einer Erlassung des Zinses.

Wenn eine in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als: Feuer, Krieg oder Seuche, wegen großer Ueberschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Mißwachses gar nicht gebraucht oder benützt werden kann; so ist auch kein Mieth- oder Pachtzins zu entrichten.

1) Wenn dem Bestandnehmer der Gebrauch des Bestandstückes auf was immer für eine Weise, ganz oder zum Theile entzogen wird, so entsteht die Frage, a) ob dadurch der Vertrag aufgehoben werde, und b) welchen Einfluß ein solches Ereigniß auf die Entrichtung des Bestandzinses äußere? Die erste Frage findet im §. 1117, die letztere in den §§. 1104—1108 ihre Erledigung *).

2) Hierbei kömmt nun zuvördest zu unterscheiden, ob die Bestandsache gar nicht gebraucht oder benützt werden konnte, oder ob der Gebrauch derselben nur zum Theile (§. 1105) entzogen wurde; ferner ob die Ursache der Unmöglichkeit des Gebrauches in einem Verschulden eines oder des andern Contrahenten, oder in einem bloßen Zufalle gelegen ist, und ob der letztere sich in der Bestandsache selbst (§. 1104), oder in der Person oder dem Vermögen des Bestandnehmers (§. 1107) ereignete. Endlich muß weiter unterschieden werden, ob der Bestandnehmer durch ein besonderes Uebereinkommen die Gefahren auf sich genommen (§. 1106) oder nicht.

3) Im Allgemeinen steht der Grundsatz fest, daß der Bestandnehmer den bedungenen Zins, auch abgesehen von seiner Benützung, zu entrichten habe (§. 1107); er kann also nur ausnahmsweise als hievon befreit erachtet werden; und zwar a) wenn er durch Verschulden des Bestandgebers (vgl. §. 1096) an dem Gebrauche des Bestandstückes gehindert wird; b) wenn dasselbe ein außerordentlicher Zufall trifft, welcher den Gebrauch oder die Benützung der Sache gänzlich unmöglich macht. Die Begünstigung entfällt daher, wenn der Zufall sich nicht in der Bestandsache, sondern in der Person des Bestandnehmers (§. 1107) oder in den schon abgesonderten Früchten u. dgl. ereignete; ferner wenn der Zufall kein außerordentlicher, sondern ein im gewöhnlichen Laufe der Dinge eintretender gewesen; ingleichen wenn ihn der Bestandnehmer (§. 1106) contractmäßig auf sich genommen. Als außerordentliche Zufälle erscheinen übrigens nicht nur die im Gesetze namentlich aufgeführten, sondern auch andere, von der Willkühr des Paciscenten unabhängige, nicht gewöhnliche Ereignisse, wie innere Unruhen, Einsturz eines Gebäudes durch Erdbeben, Zerstörung der Saaten durch Heuschrecken, Einziehung oder Verwendung des Bestandstückes zu öffentlichen Zwecken, Erkrankung eines gemietheten Pferdes u. dgl. **).

---

*) Vgl. Borutzky (J. C.), Versuch über den Nachlaß des Pachtzinses nach dem österr. b. G. B. §§. 1104—1108. Wien 1816. 8.

**) Auch die Unterbrechung der Theatervorstellungen in Hinsicht auf die Benützung einer gemietheten Loge. S. die allg. österr. Ger. Ztg. 1854,

4) In dem vorausgesetzten Falle ist so lange kein Bestandzins zu entrichten, als die Unterbrechung des Gebrauches oder der Benützung der Bestandsache gedauert hat; und es könnte im Falle einer geschehenen Vorauszahlung nach §. 1435 ein verhältnißmäßiger Betrag zurückgefordert, oder von der nächst verfallenen Rate in Abzug gebracht werden.

§. 1105.

Wird dem Miether der Gebrauch des Miethstückes nur zum Theile entzogen, so wird ihm auch ein verhältnißmäßiger Theil des Miethzinses erlassen. Dem Pächter gebührt ein Erlaß an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf Ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Der Verpächter ist soviel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.

1) Wird der Gebrauch des Bestandstückes dem Bestandnehmer nur zum Theile entzogen, so unterscheidet unser Gesetz zwischen dem Mieth- und Pachtvertrage. Bei der Miethe ist der dem Miethsmanne zugehende Nutzen in der Regel wenigstens kein wechselnder, der bald steigt, bald fällt, sondern er steht zu dem Miethgelde in einem bestimmten, sich gleich bleibenden Verhältnisse; man hat es daher für billig erachtet, daß bei einer theilweisen Entziehung des Miethstückes auch ein theilweiser Erlaß des Zinses Platz greife; es würde also, wenn für eine Wohnung ein halbjähriger Bestandzins von 1000 fl. bedungen wurde, und diese durch ein Vierteljahr zur Hälfte unbrauchbar geworden, die Hälfte des vierteljährigen Bestandzinses mit 250 fl. zu erlassen sein.

2) Bei Pachtungen wird angenommen, daß sich der Ausfall des Einen Jahres durch das reichlichere Erträgniß in einem andern Jahre wieder ausgleiche*); ein Anspruch auf Erlaß ist also nur dann begründet, wenn a) das Gut auf nicht mehr als Ein Jahr gepachtet wurde; wohl können sich auch bei einem mehrjährigen Pachte die unglücklichen Zufälle (z. B. Mißwachs, Wetterschläge) wiederholen, allein das Gesetz ging von dem gewöhnlich Stattfindenden aus, und mußte es den Parteien überlassen, sich durch besondere Vertragsbestimmungen vorzusehen. b) Weiters wird erfordert, daß die Jahres-Nutzung durch den eingetretenen außerordentlichen

---

Nr. 26. — Vgl. fr. 15 §§. 2—4, fr. 19 §. 6, fr. 27 pr., fr. 30 §. 1. Dig. l. c. (19, 2).

*) Vis major, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus; alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non confertur. fr. 25. §. 6. Dig. l. c. (19, 2). — Vgl. auch fr. 15, §. 4. ibd.

(s. oben S. 296) Zufall unter die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages herabgesunken sei, was nach der Analogie der §§. 934 und 1060 festgesetzt wurde. Die Größe des gewöhnlichen Ertrages müßte im Nothfalle durch Sachverständige ermittelt werden.

3) Die Frage, wie viel als Erlaß in dem vorausgesetzten Falle begehrt werden könne, ist in dem Entwurfe zu unserm a. b. G. B. gar nicht, in diesem selbst aber in etwas unklarer Weise dahin beantwortet, „daß der Verpächter soviel zu erlassen schuldig sei, als durch den Abfall an dem Pachtzinse mangelt." Diese Anordnung hat bereits eine dreifache Auslegung gefunden. Scheidlein*) meint, der Nachlaß habe zu dem bedungenen Pachtzinse in demselben Verhältnisse zu stehen, in welchem sich der Abfall der Nutzungen zu dem gewöhnlichen Erträgnisse befindet; so daß, wenn der gewöhnliche Ertrag 60 Metzen Korn betrug, und nur 20 Metzen (also ein Dritttheil) geerntet wurden, an dem bedungenen Pachtschillinge zu 150 fl. auch nur ein Dritttheil mit 50 fl. zu entrichten, folglich $^2/_3$ (100 fl.) nachzulassen seien, gleichwie der Ausfall der Nutzungen sich auf $^2/_3$ (40 Metzen) belief. — Andere wollen den Verlust der Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gar nicht in Anschlag bringen, sondern nur das Verhältniß des Pachtzinses zu den Nutzungen, die der Pächter unter der Hälfte des gewöhnlichen Ertrages bezogen hat, berücksichtigen; sie behaupten daher, daß in dem gegebenen Beispiele der Verpächter 125 fl. zu fordern berechtiget sei. Winiwarter**) ist endlich der Ansicht, der Pächter könne nur nicht verhalten werden, zur Ergänzung des Pachtzinses außer dem gewonnenen Erträgnisse noch etwas Weiteres zu leisten, wohl aber sei er verpflichtet, dieses ganz zur Entrichtung des Pachtschillings zu verwenden; würden also in unserem Beispiele die geernteten 20 Metzen nach den bestehenden Preisen 150 fl. oder mehr werth sein, so finde gar kein Nachlaß statt, und wenn sie z. B. bloß 120 fl. werth wären, müsse der Verpächter eine Remission von 30 fl. eintreten lassen. Diese letztere Ansicht scheint auch uns die richtige zu sein, da die Anordnung des Gesetzes offenbar dem preußischen Landrechte nachgebildet wurde, wo sie einen klareren Ausdruck gefunden hat***), und auch in

*) A. a. O. S. 94, und übereinstimmend mit ihm Nippel, Erläut. Bd. 7 S. 278.

**) Bürgl. Recht. Bd. 4. S. 320.

***) Dort heißt es im I. Thl. Tit 21. Art. 480: „Der Pächter kann nur in so ferne Remission fordern, als er nachzuweisen vermag, daß das Gut im laufenden Wirthschaftsjahre, durch alle Rubriken zusammengenommen, nach Abzug der Ausgaben nicht so viel als der Pachtzins ausmacht, getragen habe." — „Das" — fährt Art. 486 fort, — „was solchergestalt an dem Pachtzinse fehlt, ist der Verpächter zu erlassen verbunden." — Minder richtig scheint uns, wenn sich Winiwarter zur Begründung seiner Auslegung auch auf das römische Recht beruft. Dieses dürfte eher für Scheidlein's Ansicht sprechen, denn im fr. 15 §. 7 Dig. l. c. (19, 2) heißt es: Ubicumque .... remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata. Wie wir aber schon angeführt, hat unserer Gesetzgebung in diesem Punkte wahrscheinlich nicht das Pandectenrecht, sondern mehr die preußische Gesetzgebung zum Vorbild gedient.

so ferne der Billigkeit mehr entspricht, als bei der Berechnung nicht bloß auf den Bruttoertrag, sondern zugleich auf die nothwendigen Auslagen Rücksicht genommen wird *).

§. 1106.

Hat der Bestandnehmer unbestimmt alle Gefahren auf sich genommen; so werden darunter nur die Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge verstanden. Andere außerordentliche Unglücksfälle kommen nicht auf seine Gefahr. Verbindet er sich aber ausdrücklich, auch alle andere außerordentlichen Unglücksfälle zu tragen; so wird deßwegen noch nicht vermuthet, daß er auch für den zufälligen Untergang des ganzen Pachtstückes haften wolle.

1) Es ist schon oben (S. 296) bemerkt worden, daß der Bestandnehmer einen Erlaß am Bestandzinse dann nicht ansprechen könne, wenn er die Gefahren auf sich genommen; doch wird ein diesfalls unbestimmt lautender Ausdruck hier in der Art verstanden, daß darunter nur jene, wenngleich außerordentliche Unglücksfälle gemeint seien, die den Parteien doch wahrscheinlicher Weise vorgeschwebt haben, nämlich Feuer-, Wetter- und Wasserschäden, nicht aber auch andere, z. B. Krieg, Empörung, Erdbeben u. dgl., auf die sie vermuthlich gar nicht gedacht haben. Die Uebernahme auch dieser Gefahren erheischt eine bestimmtere Erklärung, z. B. „alle Gefahren ohne Ausnahme“ u. dgl. **)

2) Doch selbst im Falle einer solchen ausdrücklichen Uebernahme aller Gefahren kann ein Erlaß des Bestandzinses dann angesprochen werden, wenn das Bestandstück gänzlich zu Grunde gegangen ist, daher gar kein Gebrauch von demselben gemacht werden konnte ***).

---

*) Der Pachtpreis wird hier, — wie sich Daniels (Lehrb. des gem. preuß. Privatrechts. Berlin 1851. Bd. III. S. 217) ausdrückt — auf den Reinertrag herabgesetzt.

**) Scheidlein, a. a O. S. 120.

***) Nippel, (Erläut. Bd. 7. S. 281), Scheidlein (a. a. O. S. 120) und Andere beziehen den Schlußsatz des §. 1106 auf die Frage, ob der Bestandnehmer den durch zufälligen Untergang des Bestandstückes entstandenen Schaden dem Eigenthümer zu ersetzen, also das ganz oder zum Theile abgebrannte Gebäude wieder herzustellen habe, wozu der freilich nicht ganz glücklich gewählte Ausdruck „haften“ einigen Anlaß gibt. Allein von dieser Haftung ist erst in den §§. 1109—1111 die Rede, während die §§. 1103—1108 lediglich vom Erlasse des Bestandzinses handeln; es ist daher nicht anzunehmen, daß in dem einzigen Schlußsatze des §. 1106 von einer ganz heterogenen Frage die Rede sei. Daß übrigens der Ausdruck „Pachtstück“ an dieser Stelle mit Bestandstück überhaupt als gleichbedeutend zu nehmen sei, darin stimmen alle Commentatoren überein.

§. 1107.

Wird der Gebrauch oder Genuß des Bestandstückes nicht wegen dessen Beschädigung oder sonst entstandener Unbrauchbarkeit, sondern aus einem dem Bestandnehmer zugestoßenen Hindernisse oder Unglücksfalle vereitelt; oder waren zur Zeit der Beschädigung die Früchte von dem Grunde schon abgesondert; so fällt die widrige Ereignung dem Bestandnehmer allein zur Last. Er muß den Zins doch entrichten.

1) Der vorstehende Paragraph ist nur ein Corollarium aus der allgemeinen, im §. 1311 enthaltenen Regel, daß der bloße Zufall denjenigen trifft, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet. Würde demnach der Miethsmann durch Krankheit gehindert, die gemiethete Wohnung zu beziehen, oder der Pächter gezwungen, bei nahender Feindesgefahr das Pachtgut zu verlassen, so muß er nichts desto weniger den Bestandzins entrichten, weil das Hinderniß der Benützung nicht in der Unbrauchbarkeit des Bestandstückes selbst gelegen ist.

2) Das Nämliche gilt auch, wenn die vom Grunde schon abgesonderten Früchte, sei es, da sie noch auf dem Felde lagen, sei es in der Scheuer von einem Unglücksfalle betroffen wurden, da sie durch die Perception in das Eigenthum des Pächters übergegangen sind *)

§. 1108.

Behauptet der Pächter den Erlaß des ganzen Pachtzinses oder eines Theiles davon entweder aus dem Vertrage oder aus dem Gesetze; so muß er dem Verpächter ohne Zeitverlust den geschehenen Unglücksfall anzeigen, und die Begebenheit, wenn sie nicht landkundig ist, gerichtlich oder wenigstens durch zwei sachkundige Männer erheben lassen; ohne diese Vorsicht wird er nicht angehört.

1) Nach einem schon oft erwähnten processualischen Grundsatze muß derjenige, der ein Factum behauptet, aus welchem er Rechte für sich ableitet,

---

*) Nippel (Erläut. Bd. 7 S. 285) will, wenn sich eine zufällige Beschädigung an den zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlichen Früchten ereignet hat, den §. 1096 anwenden, also den Bestandgeber verhalten, dieselben herbeizuschaffen: allein der Gesetzgeber unterscheidet zu genau zwischen dem Bestandstücke selbst und den Früchten desselben, als daß sich annehmen ließe, er habe im §. 1096 unter dem ersteren Ausdrucke auch den letzteren verstanden. — Ueberdieß würde ein solcher Anspruch aller landwirthschaftlichen Ordnung widerstreiten. Weit eher ließe es sich rechtfertigen, wenn das Gesetz für den Fall einer beträchtlichen Beschädigung auch der schon abgesonderten Früchte einen Nachlaß am Pachtzinse angeordnet hätte, wie schon Gönner in seiner Kritik des a. b. G. B. bemerkte (vgl. Zeiller's Comment. Bd. 3. S. 430).

dasselbe im Falle des Widerspruches erweisen; es hat demnach auch der Bestandnehmer, der einen Nachlaß am Bestandzinse beansprucht, den Grund dieses Anspruches, d. h. den eingetretenen Unglücksfall darzuthun. Das Gesetz legt ihm in dieser Beziehung eine doppelte Verpflichtung auf: a) den Bestandgeber ohne Zeitverlust von dem stattgefundenen Ereignisse zu benachrichtigen, damit er sich selbst von der Größe des eingetretenen Schadens überzeugen, wohl auch die sonst etwa nöthigen Vorkehrungen treffen könne; — b) die dem Bestandstücke zugezogene Beschädigung durch gerichtlichen Augenschein, oder wenigstens durch zwei Sachverständige erheben zu lassen, worüber die oben S. 104 gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Diese letztere Verbindlichkeit entfällt, wenn die Begebenheit landkundig (notorisch) ist.

2) Vernachlässiget der Bestandnehmer eine oder die andere dieser angeordneten Vorsichten, so „wird er nicht gehört", d. h. er kann den Anspruch auf Erlassung des Bestandzinses nicht geltend machen, wenn er auch die eingetretene Beschädigung zu erweisen vermöchte.

3) Das Gesetz spricht zwar nur vom Pächter, Verpächter und Pachtzins; es muß aber einer offenbaren Analogie zu Folge das im §. 1108 Verfügte auch vom Miether gelten *).

§. 1109.

Nach geendigtem Bestandvertrage muß der Bestandnehmer die Sache, dem etwa errichteten Inventarium gemäß, oder doch in dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat; gepachtete Grundstücke aber mit Rücksicht auf die Jahreszeit, in welcher der Pacht geendiget worden ist, in gewöhnlicher wirthschaftlicher Cultur zurückstellen. Weder die Einwendung des Compensations-Rechtes, noch selbst des früheren Eigenthumsrechtes, kann ihn vor der Zurückstellung schützen. 4) Zurückstellung.

§. 1110.

Wenn bei dem Bestandvertrage kein Inventarium errichtet worden ist; so tritt die nämliche Vermuthung wie bei der Fruchtnießung (§. 518), ein.

§. 1111.

Wird das Mieth- oder Pachtstück beschädiget, oder durch Mißbrauch abgenützt, so haften Miether und Pächter sowohl

*) Die von Scheidlein (S. 130 a. a. O.) aufgestellte Behauptung, daß die Umstände, durch welche der Gebrauch des Miethstückes gehindert wurde, in die Augen fallen, dagegen jene, welche die Benützung des Pachtstückes unmöglich machten, sich nachträglich schwer erheben lassen, ist denn doch wohl nicht stichhältig, indem von beiden Fällen gar leicht das Gegentheil eintreten kann.

für ihr eigenes, als des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für den Zufall. Doch muß der Bestandgeber den Ersatz aus dieser Haftung längstens binnen Einem Jahre nach Zurückstellung des Bestandstückes gerichtlich fordern, sonst ist das Recht erloschen.

1) Der Bestandnehmer wird, wie schon oben (S. 277) angedeutet wurde, nicht Eigenthümer der in Bestand genommenen Sache, sondern erlangt bloß das zeitliche Gebrauchs- oder Benützungsrecht derselben; er muß daher nach geendigtem Bestandvertrage die Sache in natura wieder zurückstellen; hierbei hat er für eine, durch den ordentlichen Gebrauch herbeigeführte Abnützung (z. B. des gemietheten Ameublements) nicht zu haften. Ist das Mieth- oder Pachtstück anderweitig beschädiget worden, so kömmt zu unterscheiden, ob diese Beschädigung durch bloßen Zufall, oder durch ein Verschulden des Bestandnehmers oder Afterbestandnehmers, also auch durch einen Mißbrauch der Sache, herbeigeführt wurde. Im ersten Falle ist für den Bestandnehmer eine Ersatzpflicht nicht begründet*); denn der Zufall trifft den Eigenthümer, in dessen Vermögen er sich ereignet**). Dagegen haftet der Bestandnehmer allerdings, übereinstimmend mit dem Grundsatze des §. 1295, für sein eigenes Verschulden***), sowie für das des Afterbestandnehmers (§. 1111), weil durch den Afterbestand die Lage des Bestandgebers nicht verschlimmert werden soll. Gepachtete Grundstücke müssen auch insbesondere in Rücksicht auf die Jahreszeit, in welcher der Pacht endiget, in gewöhnlicher wirthschaftlicher Cultur zurückgestellt werden†), weil sonst deren weitere Benützung oft durch ein ganzes Wirthschaftsjahr vereitelt würde.

2) Um zu ermitteln, ob eine Verschlimmerung der Bestandsache in Vergleichung mit dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit der Uebernahme befunden hat, eingetreten sei, ist es zweckmäßig, ein Inventarium zu Grunde zu legen, welches dann auch bei der Rückgabe als Richtschnur zu dienen hat; ist dieß jedoch nicht geschehen, so wird vermuthet, daß die Sache sammt allen zur ordentlichen Benützung derselben erforderlichen Stücken in brauchbarem Zustande von mittlerer Beschaffenheit übergeben

---

*) In judicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire, constat. const. 28. Cod. l. c. (4, 65).

**) Winiwarter (bürg. Recht. Bd. 4. S. 328) meint, der Bestandnehmer müsse für jenen Zufall haften, der die Sache bei dem Afterbestandnehmer traf, sie aber bei ihm (dem ersten Bestandnehmer) nicht getroffen hätte; allein der Bestandnehmer ist ja nach §. 1098 berechtiget, die Sache in Afterbestand zu geben, und derjenige, der von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nach §. 1305 nicht zu verantworten.

***) Vgl. außer der oben angef. Stelle auch fr. 11. pr. §§. 1 und 2, fr. 25. §. 3, fr. 30. §. 4. Dig. l. c. (19, 2).

†) Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica sua quoque tempore faciat, etc. fr. 25. §. 3. Dig. l. c. (19, 2).

worden sei (§§. 1110 und 518); wer das Gegentheil behauptet, müßte den Beweis führen (vgl. Bd. 2. S. 212 d. W.).

3) Nicht selten werden Grundstücke in der Art verpachtet, daß dem Pächter zugleich die bei dem Gute befindlichen Viehstücke übergeben werden. Ist hierbei nichts weiter verabredet worden, so wird dadurch die rechtliche Natur des Bestandvertrages nicht geändert. Der Verpächter bleibt Eigenthümer des Viehes und hat den zufälligen Untergang desselben zu tragen; der Pächter erlangt das Recht der Benützung, muß aber nach geendigtem Pachte die Viehstücke in natura zurückstellen, und für den durch sein Verschulden herbeigeführten Abgang Ersatz leisten. Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Pächter die Gefahr des Verlustes auf sich nimmt, sich demnach verbindlich macht, am Ende der Pachtzeit einen Viehstand zurückzulassen, welcher dem, ihm Anfangs übergebenen gleichkömmt, somit die abgängigen Stücke aus Eigenem nachzuschaffen. Dieses Uebereinkommen wird gemeiniglich der Eisernviehcontract*) (cheptel de fer) genannt, und charakterisirt sich als ein Bestandvertrag mit einem beigefügten Versicherungsvertrage. Der Verpächter bleibt auch hier noch Eigenthümer des Viehes; der Pächter kann dasselbe also nicht beliebig veräußern, und bloß den Werth desselben zurückstellen, noch können die Gläubiger des Pächters einen Anspruch auf das Vieh erheben**). Zweifelhaft wird die Sache dann, wenn bei der Ueberlassung der Viehstücke zugleich der Schätzungs-Werth derselben im Verzeichnisse aufgeführt wird. Es fragt sich nämlich, ob hier eine aestimatio venditionis causa vorliege, mithin ein aus einem Pachte (hinsichtlich der Grundstücke) und einem Kaufe (hinsichtlich des Viehes) zusammengesetzter Vertrag abgeschlossen wurde, oder ob der taxirte Werth nur als Maßstab für den Ersatz im Falle des Verlustes dienen soll? Ersteres dürfte nach römischem Rechte anzunehmen sein***); letzteres ist der deutsch-rechtlichen Anschauung mehr entsprechend †); dieß dürfte auch nach österreichischem Rechte gelten, da in der bloßen Angabe des Schätzungswerthes noch keine stillschweigende Erklärung (§. 863) vorliegt, einen Kaufvertrag schließen zu wollen. Wäre dieß aber ausdrücklich bestimmt worden, dann müßten auch alle Grundsätze über den Kauf zur Anwendung kommen.

4) Da der Bestandnehmer aus dem Vertrage verpflichtet erscheint, das Bestandstück in unversehrtem Zustande zurückzustellen, so liegt ihm (nach §. 1298) der Beweis ob, wenn er behauptet, ohne sein Verschulden (durch Zufall) daran verhindert worden zu sein. Der Ersatzanspruch des

---

*) Weil das Vieh jedenfalls in gleicher Art und Menge zurückgestellt werden muß, so wird es gleichsam als „eisern" betrachtet; man sagt daher: Eisern Vieh stirbt nicht. — Vgl. Mittermaier, a. a. O. §. 293, und insbesondere Huck in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 5, S. 226 — dann Dr. Maro, der Eisernviehcontract und Haimerl's Mag. Bd. 14, S. 77.

**) Mittermaier, a. a. O., Note 27.

***) Cum fundus locatur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicut fieret, quum quid aestimatam in dotem daretur. fr. 3. Dig. l. c. (19, 2).

†) Mittermaier, a. a. O. in fine.

Bestandgebers ist übrigens (wie mehrere ähnliche Rechte, vgl. §§. 967, 982, 1097 u. a.) auf eine kurze Frist zur Geltendmachung eingeschränkt, weil sonst über das Factum und das Maß der Beschädigung nicht leicht ein genügender Beweis mehr hergestellt werden könnte. — Daß dem Afterbestandgeber gegen seinen Afterbestandnehmer ebenfalls das im §. 1111 begründete Recht auf Schadenersatz zustehe, kann wohl keinem Zweifel unterliegen; bestritten aber ist die Frage, ob der Hauptbestandgeber sich wegen eines, durch Verschulden des Afterbestandnehmers zugefügten Schadens unmittelbar an diesen halten könne? Wir schließen uns dießfalls der Ansicht Nippel's *) an, welcher, gestützt auf die allgemeine Vorschrift des §. 1295, von jedem Beschädiger — auch ohne Beziehung auf einen Vertrag — den Ersatz des durch sein Verschulden herbeigeführten Schadens zu fordern, dem Bestandgeber allerdings dieses Recht zuerkennt, und zugleich bemerkt, daß der dießfällige Ersatzanspruch, da er eben nicht aus dem §. 1111 hervorgeht, hinsichtlich der Verjährung nach §. 1489 zu beurtheilen sei; nur liegt hier freilich (nach §. 1296) der Beweis des eingetretenen Verschuldens dem klagenden Bestandgeber ob.

5) Da der Bestandnehmer die Sache nur im Namen des Bestandgebers inne hat, so ist er jedenfalls verpflichtet, dieselbe nach geendigtem Bestandvertrage zurückzustellen (§. 1109), zumal ein s. g. Retentionsrecht nach unserm bürgerlichen Gesetze (§. 471) nicht stattfindet; wenn er also Ansprüche auf dieselbe zu haben glaubt, so bietet ihm die Gerichtsordnung zur Geltendmachung derselben die geeigneten Mittel dar; vor der Zurückstellung können ihn aber diese Ansprüche, selbst wenn sie auf das Eigenthum der Bestandsache gerichtet wären, nicht schützen **). Sollte der Bestandnehmer dennoch sich weigern, die Bestandsache herauszugeben oder zu räumen, so entsteht die Frage, in welcher Weise gegen ihn vorgegangen werden könne, insbesondere ob seine Weigerung als eine Besitzstörung anzusehen sei, und daher die kais. Vdg. v. 27. October 1849, Nr. 12 des R. G. Bl. ***) darauf anzuwenden komme? Die letztere Frage muß im Allgemeinen verneint werden, da der Bestandnehmer die Sache nicht mit dem animus domini inne hat, vielmehr das Eigenthumsrecht des Bestandgebers anerkennt, und daher den Besitz desselben gar nicht berührt †). Eine Aus-

---

*) Erläut. Bd. 7, S. 295. — Anderer Meinung ist Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 328.

**) Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare. [const. 25. Cod. loc. cond. (4, 65)]; sonst trifft ihn die Strafe des duplum (const. 34 ibd.).

***) Vgl. hierüber Bd. 1, S. 691 und 692 d. W.

†) In diesem Sinne wurde einem anfragenden Oberlandesgerichte von dem Justiz-Ministerium unterm 17. März 1856, Z. 2126, bedeutet, daß die Vorschrift der kais. Vdg. v. 27. October 1849 Nr. 12 des R. G. Bl. auf Streitigkeiten wegen Räumung oder Zurückstellung verpachteter Güter, die Pachtung möge wegen abgelaufener Pachtzeit oder aus andern Gründen erloschen oder aufgehoben sein, keine Anwendung finden können. — Vgl. die beiden Aufsätze über die Frage, ob die gegenwärtig bestehende provisorische Vorschrift über das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten auch auf die nach erloschenem Pacht-

nahme würde nur dann Platz greifen, wenn der Bestandnehmer seinen Willen änderte, und die Sache fortan als die seinige (wegen eines ihm vermeintlich darauf zustehenden Eigenthumsanspruches) behalten wollte. Abgesehen von diesem Ausnahmsfalle bieten vielmehr die besonderen, in den einzelnen Gebietstheilen über die Aufkündigung und Räumung gemietheter Wohnungen und gepachteter Grundstücke (s. unten) bestehenden Anordnungen dem Bestandgeber ein geeignetes Mittel dar, um zu seinem Rechte zu gelangen. Die beschleunigte Verfahrungsweise, die dabei stattfindet, ist unter dem Namen des Mandatsprocesses bekannt, und es ist aus den dießfälligen Bestimmungen noch insbesondere hervorzuheben, daß bei Bestandverträgen, welche ohne vorhergehende Aufkündigung nach Verlauf einer bestimmten Zeit erlöschen, der Bestandgeber, wenn er besorgt, daß das vermiethete oder verpachtete Gut nicht zu gehöriger Zeit geräumt werden dürfte, um eine gerichtliche Verfügung ansuchen kann, wodurch der Gegner vorhinein hierzu angewiesen wird. Auf dieses Gesuch, welches jedoch nicht früher, als innerhalb der letzteren Monate vor Ablauf der Bestandzeit angenommen werden darf, hat der Richter an den Gegner den Auftrag zu erlassen, nach Verschiedenheit des Falles die Bestandsache zur festgesetzten Zeit, bei Vermeidung der Execution, zurückzustellen, oder falls er sich hierzu nicht verbunden glaubte, seine Gegenerklärung binnen kürzester Frist anzubringen.

§. 1112.

Der Bestandvertrag löset sich von selbst auf, wenn die beſtandene Sache zu Grunde geht. Geschieht dieses aus Verschulden des einen Theiles, so gebührt dem anderen Ersatz; geschieht es durch einen Unglücksfall, so ist kein Theil dem anderen dafür verantwortlich. 5) Auflösung des Bestandvertrages. a) durch Untergang der Sache.

1) Daß durch den gänzlichen Untergang des Bestandstückes der Bestandvertrag aufgelöst werde, ergibt sich aus der Natur der Sache*), weil es sohin an dem Objekte des zu machenden Gebrauches mangelt. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Untergang durch Zufall, oder durch das Verschulden eines oder des andern Theiles herbeigeführt wurde; wohl aber fließt für den Schuldtragenden aus allgemeinen Grundsätzen die Pflicht zum Schadenersatze.

2) Ist der Vertrag aufgelöst, so entfällt die Verbindlichkeit, weiter einen Bestandzins zu entrichten; in wie fern aber der Entgang desselben

---

vertrage wegen Räumung oder Zurückstellung des Pachtgutes entstehenden Streitigkeiten anwendbar sei? in der allg. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 134, 135 und Nr. 138, 139.

*) Huic subjungi potest, quod Marcellus libro VI. Digestorum scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem ejus non teneri, ut frui praestet, non magis, quam insula exusta teneretur locator conductori. fr. 9, §. 1. Dig. l. c. (19, 2).

etwa bei der Bemessung des Ersatzes in Anschlag zu bringen sei, beantwortet sich nach den Bestimmungen des 30. Hauptstückes unseres Gesetzbuchs.

3) Ist die Sache nicht gänzlich zu Grunde gegangen, z. B. nur ein Theil des Hauses abgebrannt, oder der Gebrauch nur eine Zeit lang unmöglich geworden, z. B. durch zeitliche Ueberschwemmung eines gepachteten Grundstückes *), oder durch Erkrankung eines gemietheten Thieres, so kann höchstens das im §. 1117 enthaltene Befugniß der früheren Aufkündigung geltend gemacht werden.

§. 1113.

b) Verlauf der Zeit.

Der Bestandvertrag erlischt auch durch den Verlauf der Zeit, welcher ausdrücklich oder stillschweigend, entweder durch den nach einem gewissen Zeitraume ausgemessenen Zins, wie bei sogenannten Tag-, Wochen- und Monatzimmern, oder durch die erklärte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Absicht des Bestandnehmers bedungen worden ist.

1) Wir haben bereits oben (S. 276) bemerkt, daß der Bestandvertrag (ungeachtet des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes des §. 1090) auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen werden kann. Im ersten Falle erlischt derselbe, sobald die bedungene Zeit verstrichen ist, und es kann weder der Bestandgeber noch der Bestandnehmer zu einer Fortsetzung über diese Zeit hinaus verhalten werden **). Die Zeitbestimmung selbst aber kann ausdrücklich oder stillschweigend (§. 863) getroffen werden. Als solche Momente, aus denen auf den Willen der Parteien geschlossen werden kann, erklärt das Gesetz die Ausmessung des Zinses nach bestimmten Terminen, so daß mit dem Ablaufe des Termines die Zahlung erfolgen muß, aber auch der Bestandvertrag zu Ende geht, ohne daß es einer vorläufigen Aufkündigung von der einen oder andern Seite bedürfte.

2) Auch der Zweck, welchen der Bestandnehmer bei der Abschließung des Vertrages vor Augen hatte, z. B. die Unterbringung von Waaren, die zum Verkaufe auf einem Markte bestimmt sind, kann dießfalls als maaßgebend erscheinen, wenn er ausdrücklich erklärt wurde (z. B. bei der Miethe eines Wagens zu einer Reise), oder aus den Umständen (wie in dem obigen Beispiele) hervorleuchtet. Doch ist hierbei nur auf den Bestandnehmer, nicht auch auf den Bestandgeber Rücksicht zu nehmen. Würde also Letzterer seine Stadt-Wohnung bloß für die Dauer seines Landaufenthaltes vermiethen wollen, so müßte er dieß ausdrücklich erklären. Der Grund hiervon mag wohl, wie Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 303) bemerkt, darin gelegen sein, daß, wenn das Motiv, aus welchem der Bestandnehmer bewogen wurde, die Sache in Bestand zu nehmen, nicht mehr vorhanden ist, ihm in der Regel die Sache

*) Anders, wenn der Fluß seinen Lauf geändert hätte.

**) Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos, saepe rescriptum est. const. 11. Cod. l. c. (4, 65); vgl. auch const. 32 ebd.

gar keinen Nutzen mehr gewährt, wogegen dem Bestandgeber der nächste Zweck, — für den überlassenen Gebrauch der Sache ein bestimmtes Entgelt zu erhalten, — nicht vereitelt wird, wenn auch das eigentliche Motiv, warum er die Sache in Bestand gegeben hat, zu existiren aufhört.

§. 1114.

Der Bestandvertrag kann aber nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erneuert werden. Ist in dem Vertrage eine vorläufige Aufkündigung bedungen worden; so wird der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend erneuert. Ist keine Aufkündigung bedungen worden; so geschieht eine stillschweigende Erneuerung, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit fortfährt, die Sache zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabei bewenden läßt.

wenn keine Erneuerung geschieht.

1) Nach abgelaufener Bestandzeit kann sowohl eine ausdrückliche, als eine stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages Platz greifen. Im Falle einer ausdrücklichen Erneuerung sind die dabei getroffenen Verabredungen maaßgebend; im Falle aber einer oder der andere Punct (z. B. der Bestandzins oder die Bestandzeit) unbestimmt gelassen worden wäre, müßte die Analogie aus §. 1115 zur Anwendung kommen, daß die Erneuerung, mit Ausnahme der Bestandzeit, unter den nämlichen Bedingungen erfolge, unter denen der Bestandvertrag vorher geschlossen war*).

2) Eine stillschweigende Erneuerung kann überhaupt aus solchen Handlungen gefolgert werden, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an dem Willen der Contrahenten zu zweifeln, übrig lassen (§. 863). Insbesondere aber folgert unser G. B. eine stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages a) aus der Unterlassung der Aufkündigung, wenn zwar die Dauer des Bestandvertrages festgesetzt**), aber zugleich von dem einen oder dem andern Theile, oder von beiden Seiten eine vorläufige Aufkündigung bedungen wurde. Doch muß der Grund, aus welchem diese Aufkündigung rechtzeitig zu machen versäumt wurde, in dem Willen des Säumigen, und nicht in einem Versehen desselben, oder in einer ihm zugestoßenen Krankheit u. dgl. gelegen sein, da jede Erneuerung eine Willenseinigung voraussetzt. b) Ist keine Aufkündigung bedungen worden, so wird eine Erneuerung des Bestandvertrages durch die Fortsetzung des Gebrauches von der einen Seite und die Gestattung derselben von der anderen Seite herbeigeführt***), und auch diese muß ihren Grund in

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 308. — Scheidlein, a. a. O. S. 174.

**) Von dem Falle, wo der Bestandvertrag auf unbestimmte Zeit eingegangen wurde, handelt erst der §. 1116.

***) Qui ad certum tempus conduxit, finito quoque tempore colonus est, intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro

der Zustimmung des Bestandgebers haben*). Die Frage, wie lange das „Bewendenlassen" gedauert haben müsse, um daraus eine Erneuerung des Bestandvertrages folgern zu können, wird aus den jeweiligen Umständen nach vernünftigem Ermessen zu beantworten sein.

§. 1115.

Die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages geschieht unter den nämlichen Bedingungen, unter welchen er vorher geschlossen war. Doch erstreckt sie sich bei Pachtungen nur auf Ein Jahr; wenn aber der ordentliche Genuß erst in einem späteren Zeitraume erfolgen kann, auf eine so lange Zeit, als nothwendig ist, um die Nutzungen einmal beziehen zu können. Miethungen, wofür man den Zins erst nach einem ganzen oder halben Jahre zu bezahlen pflegt, werden auf ein halbes Jahr; alle kürzere Miethungen aber auf diejenige Zeit stillschweigend erneuert, welche vorher durch den Bestandvertrag bestimmt war. Von wiederholten Erneuerungen gilt das Nämliche, was hier in Rücksicht der ersten Erneuerung vorgeschrieben ist.

1) Die stillschweigende Erneuerung begründet nur eine Verlängerung des schon bestehenden Mieth- oder Pachtverhältnisses, es wird demnach ohne ausdrückliche Verabredung der Parteien an den Bestimmungen desselben, z. B. an der bedungenen Art des Gebrauches, an dem Bestandzinse u. dgl. nichts geändert**).

2) Eine Ausnahme findet nur in Ansehung der Dauer des erneuerten Bestandvertrages statt, welche nicht nach der Dauer des früheren Vertrages, sondern nach den im Gesetze enthaltenen Vorschriften bemessen wird***).

---

locare, et hujusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. fr. 14. Dig. l. c. (19, 2).

*) Sehr richtig fährt daher die angeführte Pandectenstelle fort: Et ideo si interdum dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse, Mancellus ait, ut locatio redintegretur; et est hoc verum. — Die entgegenstehende Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 7, S. 307) scheint uns demnach nicht stichhältig.

**) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. fr. 13, §. 11. Dig. l. c. (19, 2). — Vgl. auch const. 16. Cod. l. c. (4, 65).

***) Bei Pachtungen hat das römische Recht zum offenbaren Vorbild gedient. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse; non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerit conductioni praestitutum. fr. 13, §. 11. Dig. l. c. — Anders war er bei den praediis urbanis. In urbanis autem praediis — heißt es am Schlusse der eben angeführten Stelle — alio jure utimur, ut,

3) Eine solche stillschweigende Erneuerung kann übrigens nicht nur einmal, sondern zu wiederholten Malen Platz greifen*), und es gilt dann immer wieder dasjenige, was in Ansehung der ersten Erneuerung vorgeschrieben erscheint.

§. 1116.

In sofern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, muß derjenige, welcher den Vertrag aufheben will, dem Anderen die Pachtung sechs Monate; die Miethung einer unbeweglichen Sache vierzehn Tage, und einer beweglichen vierundzwanzig Stunden vorher aufkündigen, als die Abtretung erfolgen soll. c) Aufkündigung;

1) Wie wir bereits oben (S. 276 d. W.) erwähnt haben, kann der Bestandvertrag auch auf unbestimmte Zeit eingegangen, und nur eine Aufkündigungsfrist bedungen werden, welche dann der Aufhebung desselben vorausgehen muß. Diese Frist kann von den Parteien ausdrücklich nicht nur der Dauer nach (z. B. auf zwei Monate, acht Tage u. s. w.) festgesetzt, sondern es kann überdieß bestimmt werden, daß die Aufkündigung nur zu gewissen Zeiten (z. B. am Ersten eines jeden Monates) Platz greifen dürfe. Haben die Parteien hierüber nicht insbesondere Etwas verabredet, so kann die Aufkündigung jederzeit erfolgen, und es müssen nur die im §. 1116 angegebenen Fristen nach Verschiedenheit der Umstände beobachtet werden.

2) Besondere Vorschriften sind hinsichtlich der Aufkündigung vermietheter Wohnungen und anderer Bestandtheile der Gebäude in den s. g. Miethordnungen (Ausziehordnungen) enthalten, deren wir theils für ganze Kronländer, theils für einzelne Städte besitzen. In denselben ist meistentheils die Aufkündigungszeit anders, als im §. 1116 (z. B. vierteljährig, oder gar halbjährig) festgesetzt, und häufig auch der Termin (z. B. zu Georgi, Michaeli u. s. w.) bestimmt, an welchem allein die Aufkündigung stattfinden darf, oder von welchem an sie doch nur gerechnet wird, wenn sie auch früher**) vorgenommen worden wäre. Die weiteren Verfügungen dieser Gesetze beziehen sich vorzugsweise auf das in Ausziehstreitigkeiten einzuhaltende Verfahren und sind auf möglichste Beschleunigung der dießfälligen Entscheidungen hingerichtet. Die wichtigsten dieser Vorschriften sind: für Wien das Patent vom 18. October 1782,

---

prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.

*) Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse, hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. Dig. ibd.

**) Hofd. v. 7. März 1818, Nr. 1429 d. J. G. S.

Nr. 93 der J. G. S., sammt mehreren dazu gehörigen Nachtragsverordnungen, durch welche die Minist.-Verordnung vom 11. Juli 1853, Nr. 134 des R.G.Bl., auch auf den Gerichtsbezirk Sechshaus, und durch die Minist.-Verordnung vom 9. December 1856, Nr. 226 des R. G. Bl., auf alle zum Polizeirayon der Stadt Wien gehörigen Ortschaften ausgedehnt wurde; — für Linz das Hfd. vom 15. März 1833, Nr. 2602 der J. G. S.; — für die Stadt Salzburg das Hfd. vom 18. Februar 1839, Nr. 342 der J. G. S.; — für Graz das Hfd. vom 23. Februar 1837 (steir. Prov. Gef. Samml. S. 63); — für Klagenfurt das Hfkzld. vom 19. October 1792 (pol. G. S. Bd. 1, S. 195); — für Triest das Gub. Circ. vom 18. November 1785, neuerdings kundgemacht unter'm 25. April 1820; — für Böhmen, Mähren und Schlesien die Ministerial-Verordnung vom 3. October 1853, Nr. 193 des R. G. Bl.; — für Prag das Hfkzld. vom 9. (24.) März 1805, Nr. 719 der J. G. S., durch die kais. Vdg. vom 28. März 1851 auf die Stadt Wyssehrad ausgedehnt; — für Brünn das Hfkzld. vom 5. October 1843, Nr. 748 der J. G. S.; — für Lemberg das Patent vom 21. September 1792, Nr. 1024 der J. G. S. sammt mehreren Declaratorien; — für die Städte Zara, Spalato, Ragusa, Cattaro und Sebenico in Dalmatien das Hfd. vom 30. December 1843, Nr. 770 der J. G. S.; — endlich für das lombardisch-venetianische Königreich das Patent vom 17. Juni 1837 (Kropatschek'sche G. S. Bd. 63, S. 172), welches jedoch die Aufkündigung der Pacht- und Miethverträge überhaupt zum Gegenstande hat.

§. 1117.

Der Bestandnehmer ist berechtiget, auch vor Verlauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit von dem Vertrage abzustehen, wenn die bestandene Sache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauche untauglich ist; wenn ein beträchtlicher Theil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen, oder unbrauchbar wird; oder wenn der Bestandgeber dasselbe nicht mehr im brauchbaren Stande erhält.

1) Wiewohl im Allgemeinen der §. 919 den Grundsatz aufstellt, daß in dem Falle, wenn Ein Theil den Vertrag gar nicht, oder nicht auf die bedungene Weise erfüllt, der andere Theil nicht berechtigt sei, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern, so finden doch in Ansehung des Bestandvertrages hiervon mehrere Ausnahmen Statt, und zwar zu Gunsten des Bestandnehmers dann, wenn die Bestandsache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zum ordentlichen Gebrauche untauglich ist, mag dieser Mangel schon zur Zeit der Abschließung des Vertrages vorhanden gewesen, oder erst später, und zwar aus Zufall oder durch Verschulden des Bestandgebers eingetreten sein. Würde dagegen die mangelhafte Beschaffenheit der Sache den Gebrauch derselben nicht gänzlich,

sondern nur zu einem, und zwar minder beträchtlichen Theile hindern*), oder ließe sich der Mangel beheben, und wäre in diesem Falle der sogleiche Gebrauch dem Miether nicht nothwendig, so kann die Aufhebung des Vertrages nicht begehrt werden**).

2) Wohl findet dagegen dieses Begehren statt, wenn der Bestandgeber das Bestandstück nicht mehr in brauchbarem Stande erhält, und dadurch eine seiner wesentlichsten Pflichten (§. 1096) vernachlässigt.

3) Ein dritter Fall der Aufhebung des Bestandvertrages durch den Bestandnehmer ist dann vorhanden, wenn ein beträchtlicher Theil der Bestandsache (z. B. der größere Theil einer Wohnung), sei es auch durch Zufall (z. B. eine Feuersbrunst, eine Ueberschwemmung), dem ordentlichen Gebrauche auf längere Zeit (also nicht bloß vorübergehend) entzogen oder gänzlich unbrauchbar wird. Welcher Theil als ein beträchtlicher anzusehen komme, und wann der Zeitraum des Entganges als ein längerer anzusehen sei, müßte in jedem einzelnen Falle aus der Absicht, dem Stande, dem Bedürfnisse und den übrigen Verhältnissen des Bestandnehmers beurtheilt werden***).

§. 1118.

Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachtheiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termines den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; oder, wenn ein vermiethetes Gebäude neu aufgeführt werden muß. Eine nützlichere Bauführung ist der Miether zu seinem Nachtheile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber nothwendige Ausbesserungen.

---

*) Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet; ea enim conditione habitatorem esse, ut, si quid adversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperiat, in quam magnam partem usus habitator haberet. fr. 27. pr. Dig. l. c. (19, 2).

**) Scheidlein, a. a. O. S. 190.

***) Zeiller, Comment. 3. Bd., S. 448. — Dem Unbrauchbarwerden eines Theiles der Bestandsache muß es gleichgehalten werden, wenn durch die Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes und der damit im Zusammenhange stehenden Leistungen und Giebigkeiten bei Pachtungen von Grundstücken dem Pächter ein Theil der Pachtobjecte entzogen, oder die ordentliche Gebrauchsnahme derselben gehindert wird; und es könnte in einem solchen Falle die Vorschrift des §. 1117 allerdings zur Anwendung kommen. Vgl. den in der allg. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 73 und 74, dargestellten Rechtsfall.

§. 1119.

Wenn dem Vermiether die Nothwendigkeit der neuen Bauführung schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages bekannt sein mußte, oder wenn die Nothwendigkeit der durch längere Zeit fortzusetzenden Ausbesserungen aus Vernachlässigung der kleineren Ausbesserungen entstanden ist; so muß dem Miether für den vermißten Gebrauch eine angemessene Entschädigung geleistet werden.

1) Gleich dem Bestandnehmer ist auch der Bestandgeber berechtigt, in gewissen Fällen die sofortige Aufhebung des Bestandvertrages zu verlangen, und zwar zuvörderst dann, wenn der Bestandnehmer einen nachtheiligen Gebrauch von der Sache macht, d. h. überhaupt sein Recht nicht in der Art ausübt, wie es ausgeübt werden sollte; z. B. das Reitpferd auch zum Ziehen eines Fuhrwerkes verwendet, oder durch Aufnahme liederlichen Gesindels dem Wohnhause einen bleibenden üblen Ruf, oder durch sorgloses Benehmen mit Licht und Feuer große Gefahr zuzieht *), oder die wirthschaftliche Cultur eines Grundstückes wesentlich vernachlässigt**) — vorausgesetzt, daß dadurch dem Bestandgeber ein erheblicher Schade zugefügt wird.

2) Der zweite Fall tritt ein, wenn der Bestandnehmer mit der Entrichtung des Zinses säumig ist, mag diese in vorhinein, oder verfallen, in den vom Gesetze bestimmten Fristen (§. 1100), oder gemäß einer besondern Verabredung zu leisten sein; doch findet die Aufhebung des Vertrages nur dann statt, wenn der Bestandnehmer nach Ablauf des nächsten, für die Bezahlung bestimmten Termines, noch mit dem Zinse für den vorigen Termin im Rückstande wäre, mithin z. B. um die Michaeliszeit den am verflossenen Georgitermine verfallenen Zins noch nicht entrichtet hätte; was wohl deßhalb angeordnet wurde, weil der Bestandgeber durch das ihm nach §. 1101 zustehende gesetzliche Pfandrecht zwar hinsichtlich Einer Zinsrate gesichert erscheint, durch den Anwachs weiterer Rückstände aber allerdings in seinen Rechten gefährdet werden könnte***). Uebrigens muß, um die Folge der Vertragsaufhebung zu begründen, auch eine Einmahnung an den Verpflichteten, daß er seiner Verbindlichkeit nachkommen solle, vorausgegangen sein, weil dieser sonst als Einwendung anbringen könnte, daß er der

---

*) Zeiller, Comment. 3. Bd., S. 450.

**) So wurde auch in einem von Dr. Haimerl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel., 1848, I. S. 307, mitgetheilten Rechtsfalle für die Aufhebung eines auf mehrere Jahre abgeschlossenen Pachtvertrages entschieden, weil der Pächter bei der Ausübung der gepachteten Jagdbarkeit durch übermäßiges Hegen des Wildes den Wirthschaftsbesitzern einen bedeutenden Schaden an ihren Feldfrüchten zugefügt, und dadurch den, in den politischen Gesetzen festgesetzten Beschränkungen entgegengehandelt hatte.

***) Nach römischem Rechte begründet ein Biennalrückstand die Aufhebung des Bestandvertrages; s. fr. 54, §. 1 und fr. 56. Dig. l. c. (19, 2).

Meinung gewesen sei, die Frist der Zahlung sei ihm stillschweigend verlängert worden*).

3) Besondere Anordnungen trifft das Gesetz noch in Ansehung der bei dem Bestandstücke vorkommenden Bauführungen. Es kommt hierbei zu unterscheiden: Solche Bauführungen, welche bloß den Nutzen der Bestandsache zu erhöhen bestimmt sind (z. B. die Aufsetzung eines Stockwerkes auf das vermiethete Gebäude), ist der Bestandnehmer gar nicht zu dulden verpflichtet, wenn sie ihm irgend welchen Nachtheil bringen. — Dagegen muß er die nothwendigen Ausbesserungen allerdings zulassen, weil, wenn sie nicht vorgenommen würden, der Substanz des Gebäudes ein Schade bevorstünde; ja er ist in diesem Falle nicht einmal berechtigt, einen Ersatz zu fordern, woferne ihm durch die Vornahme der Ausbesserungen nur eine, sei es auch größere, Unbequemlichkeit verursacht wird**). Würde ihm dadurch der Gebrauch des Miethstückes zum Theile entzogen, so könnte er nach §. 1105 auf einen verhältnißmäßigen Ersatz am Miethzinse Anspruch machen; wenn endlich die Entziehung eines beträchtlichen Theiles der Bestandsache durch längere Zeit dauerte, wäre er nach §. 1117 sogar berechtigt, die Aufhebung des Bestandvertrages zu verlangen, und wofern die Nothwendigkeit länger andauernder Ausbesserungen durch die Vernachlässigung der kleinen Reparaturen, also durch ein Verschulden des Bestandgebers herbeigeführt worden ist, von diesem nach §. 1119 eine angemessene Entschädigung für den vermißten Gebrauch zu begehren.

Sollte ein vermiethetes Gebäude ganz neu aufgeführt werden müssen, weil es z. B. durch Feuer, Erdbeben oder Ueberschwemmung erschüttert wurde, so ist der Bestandgeber ebenfalls berechtigt, von dem Bestandvertrage abzugehen, und zwar ohne daß ihn deßhalb im Allgemeinen die Pflicht zur Entschädigung des Bestandnehmers träfe. Dieß wäre nur ausnahmsweise der Fall, wenn ihm die Nothwendigkeit einer solchen neuen Bauführung schon zur Zeit der Eingehung des Bestandvertrages bekannt war, oder aus den Umständen bekannt sein mußte***), da er sich hier in einem offenbaren Verschulden befindet. Die zu leistende Entschädigung bestünde darin, daß dem Miether für die noch übrige Zeit des Miethverhältnisses eine ebenso

---

*) Die Ansicht, daß unter dem „Termine", dessen Ablauf nach §. 1118 die Folge der Vertragsaufhebung begründet, ein von dem Bestandgeber beliebig bei der Einmahnung festzusetzender Termin zu verstehen sei, scheint uns nicht stichhältig zu sein, da sonst ein ganz geringes Versäumniß schon die Folge der Vertragsaufhebung begründen könnte, während doch sonst nur ein erheblicher Nachtheil, die Entziehung eines beträchtlichen Theiles des Bestandstückes u. s. w. diese Folge herbeiführt. Es scheint also der Ablauf des nächsten gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmten Termines, ohne daß der Rückstand getilgt wurde, erforderlich zu sein. Vgl. dagegen den in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 27, mitgetheilten Civilrechtsfall.

**) Scheidlein, a. a. O. S. 205.

***) Das Gesetz erwähnt wohl nur des letztern Falles, allein gewiß nicht in der Absicht, den ersteren auszuschließen, sondern weil sich der Beweis, daß der Vermiether um die Baufälligkeit des Miethstückes wußte, nicht leicht herstellen lassen dürfte.

vortheilhafte und bequeme Wohnung verschafft, oder ihm das ersetzt würde, was er für eine ähnliche Wohnung mehr an Zins bezahlen muß, und daß ihm zugleich die Uebersiedelungskosten vergütet würden *).

4) Unter Aufhebung des Vertrages scheint hier nicht bloß die frühere Aufkündigung, sondern das sofortige Abgehen vom Vertrage verstanden werden zu müssen **); denn das Gesetz unterscheidet durchgängig die „Aufkündigung" und die Aufhebung des Vertrages selbst; auch wird es in vielen Fällen, z. B. bei nothwendig gewordener Bauführung, gar nicht möglich sein, den Vertrag noch durch die sonst gewöhnliche Aufkündigungsfrist fortzusetzen; es muß also angenommen werden, daß die Räumung der Bestandsache ohne unnöthigen Aufschub begehrt werden könne.

5) Obwohl der §. 1119 und zum Theile auch der §. 1118 nur von Miethverträgen handeln, so dürften die dießfälligen Bestimmungen doch im Wege der Analogie auch auf das Pachtverhältniß anzuwenden sein, in sofern nur nicht der Pächter nach §. 1096 verpflichtet war, die erforderlichen Ausbesserungen selbst vorzunehmen.

6) Damit in Fällen, wenn Pächter von Cameral- oder andern unter öffentlicher Verwaltung stehenden Staatsgütern die eingegangenen Verbindlichkeiten nicht erfüllen, einerseits das Staatsvermögen unverzüglich sichergestellt, von der andern Seite jedoch die den Privaten gebührende Gerechtigkeit dabei nicht verletzt werde, wurden den Behörden durch das Patent vom 31. December 1800, Nr. 514 der J. G. S., eigene Maßregeln zur genauen Befolgung vorgeschrieben, deren wesentlicher Inhalt in Folgendem besteht:

Wenn ein Pächter eines unter der Staatsverwaltung stehenden Gutes eine solche Handlung oder Unterlassung sich zu Schulden kommen läßt, worauf in dem Pachtvertrage die Aufhebung der Pachtung, und die Zurücknahme des Gutes ausdrücklich bedungen worden ist, so soll demselben auf Ansuchen der verwaltenden Behörde bedeutet werden, daß er binnen vierzehn Tagen, dem Pachtvertrage gemäß, das Bedungene zu erfüllen, oder die Verkürzung gut zu machen, widrigenfalls er zu erwarten habe, daß ihm das verpachtete Gut sogleich, ohne gerichtliche Verhandlung, abgenommen, alles weitere Recht wider ihn aber der Ordnung nach angebracht werden würde. Wofern jedoch Gefahr auf dem Verzuge haftete, zumahlen bei übler Verwaltung der Kirchen-, Stiftungs- (Waisen-) oder Contributions-Gelder oder einer offenbaren Abwürdigung (Deteriorirung) des Gutes, hat die politische Behörde sogleich Jemanden an den Ort abzusenden, die Richtigkeit der Gefahr und der geschehenen Anzeige zu erheben, und nach Maßgabe und Erforderniß derselben die vorgeschriebene Frist von vierzehn Tagen abzukürzen, oder bis zu derselben Verlauf einen vorläufigen Beschlag (Sequestration) zu verhängen. Wenn die gesetzte Frist verstrichen und von dem Pächter die, nach dem Pachtvertrage geforderte Vorkehrung nicht getroffen ist, hat das Bezirksamt auf Ansuchen der verwaltenden Behörde

*) Scheidlein, a. a. O. S. 210.

**) Anderer Meinung ist Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4. S. 336.

zur wirklichen Abnahme des Guts zu schreiten. Damit aber dabei die beiderseitigen Rechte gleichmäßig gesichert werden, ist der Pächter vorzuladen, daß er selbst oder durch einen Bevollmächtigten auf dem Gute erscheine, und dann daselbst in seiner und eines Abgeordneten der verwaltenden Behörde Gegenwart, wie auch mit Beiziehung zweier benachbarter, unparteiischer Wirthschaftsbeamten alle bei Erlöschung der Pachtung nach derselben Eigenschaft und Beschaffenheit erforderlichen Beschreibungen, Schätzungen und Liquidationen mit gehöriger Genauigkeit vorgenommen, hierüber gleichlautende Duplikate verfaßt und diese von den zugezogenen Parteien unterfertigt werden. Endlich ist über die ganze Handlung ein Protokoll zu verfassen, und davon jedem Theile eine Abschrift zuzustellen. Sollte der Pächter aus was immer für einer Ursache selbst zu erscheinen oder seinen Bevollmächtigten zu senden unterlassen, oder die eben gedachten Urkunden zu unterschreiben sich weigern, so hätten sie dessenungeachtet wider den Pächter in soweit vollkommene Glaubwürdigkeit, als er eine Unrichtigkeit derselben rechtskräftig zu beweisen nicht vermögend wäre. Von diesem Zeitpunkte an hat die verwaltende Behörde nebst dem Vorbehalte alles, sowohl derselben, als dem bisherigen Pächter aus dem Pachtvertrage bis dahin gebührenden Anspruchs in alle jene Rechte wieder einzutreten, die ihr vor der nun erloschenen Pachtung gebührten. Glaubte der Pächter gegen die ihm angedrohte Einziehung sich rechtfertigen und verwahren zu können, so bleibt ihm das Recht vorbehalten, als Kläger wider das Ermahnungsdecret die Finanzprocuratur zu belangen, worauf das Gericht nach Ordnung und Gesetzen zu verfahren, inzwischen auch der wirklichen Abnahme des Gutes Einhalt zu thun, jedoch, wenn nicht schon die politische Behörde wegen dringender Gefahr den Beschlag vorgenommen hätte, auf Ansuchen der Finanzprocuratur denselben unter eigener Verantwortlichkeit sogleich einzuleiten hat.

Auch nach der schon wirklich erfolgten Abnahme des Gutes hat der Pächter noch immer das Recht, auf gleiche Art seine Klage anzubringen; doch hat es dann bis zur richterlichen Entscheidung bei der geschehenen Abnahme des Gutes zu bewenden. Weil aber das Staatsvermögen nicht lange Zeit Ansprüchen ausgesetzt bleiben darf, welche dessen weiterer Benützung oder Veräußerung in den Weg treten, so ist dem Pächter, in soweit er die Zurückgabe des abgenommenen Gutes begehren zu können vermeint, zur Anbringung seiner dahin gerichteten Klage eine Frist von 45 Tagen eingeräumt; nach Verlauf derselben aber wird er nicht mehr gehöret.

Zu Pachtungen, die wegen nicht richtig zugehaltener Zahlung des abgeschlossenen Pachtschillings neuerdings versteigert werden, darf nach dem Hfkmrd. vom 12. Mai 1814 (pol. G. S. Bd. 42, S. 59) der betreffende zahlungsrückständige Pächter nicht mehr zugelassen werden.

§. 1120.

Hat der Eigenthümer das Bestandstück an einen Anderen veräußert, und ihm bereits übergeben; so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher ein= d) Veräußerung der Sache;

getragen ist (§. 1095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern.

§. 1121.

Bei einer nothwendigen, gerichtlichen Veräußerung muß der Bestandnehmer selbst in dem Falle, daß sein Recht als ein dingliches Recht eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen. Nur in Rücksicht auf die Entschädigung bleibt ihm sein Vorzugsrecht vorbehalten.

1) Die Veräußerung der in Bestand gegebenen Sache begründet an und für sich keine Auflösung des Bestandvertrages; dagegen tritt aber auch anderseits der neue Erwerber ohne besondere Verabredung nicht in das Obligationsverhältniß des Veräußernden ein, und kann daher, von seinem Eigenthumsrechte Gebrauch machend, den Bestandinhaber, der im Allgemeinen kein dingliches, sondern bloß ein persönliches Recht zur Bestandsache hat, von derselben entfernen. Dieses Recht steht ihm jedoch erst dann zu, wenn ihm das Bestandstück bereits übergeben worden ist, bei unbeweglichen Sachen also insbesondere, wenn er als Eigenthümer derselben in die öffentlichen Bücher eingetragen wurde (§. 321), da namentlich dritten Personen gegenüber nur der Stand dieser öffentlichen Register entscheidet*).

2) Der neue Besitzer der Sache ist aber nicht etwa berechtigt, den Bestandnehmer sogleich zur Zurückstellung des Bestandstückes zu verhalten**), sondern das Gesetz räumt ihm aus ökonomischen und politischen Rücksichten nur das Befugniß ein, ohne Rücksicht auf den bestehenden Vertrag, zu kündigen. Hierbei muß dann sowohl der vom Gesetze zur Kündigung etwa festgesetzte Zeitpunct (z. B. der Georgi- oder Michaelitermin, wo dieser in der betreffenden Miethordnung begründet erscheint) eingehalten, als auch die gesetzliche (im §. 1116 oder in anderen speciellen Gesetzen bestimmte) Aufkündigungsfrist beobachtet werden, weil man nur dann sagen kann, daß die Aufkündigung gehörig geschehen sei, wie sich der §. 1120 ausdrückt***).

3) Der Ausdruck „Veräußerung" bedeutet im Allgemeinen jede Uebertragung des Eigenthumes aus einem singulären Rechtstitel und in diesem Sinne dürfte er auch hier zu nehmen sein. Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 4, S. 339) und Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 332) bemühen

---

*) Die bloße Einräumung des physischen Besitzes, wie Scheiblein behauptet (a. a. O. S. 242), scheint also nicht genügend. S. dagegen Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 330.

**) Noch weniger kann er den Bestandinhaber etwa eigenmächtig austreiben. Vgl. fr. 12, fr. 18. pr. Dig. de vi (43, 16).

***) Vgl. den in der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1853, Nr. 12 mitgetheilten Rechtsfall.

sich zwar darzuthun, daß der Legatar, so wie der Geschenknehmer nicht berechtigt seien, sich auf die Vorschrift des §. 1120 zu berufen; allein in Ansehung des Vermächtnißnehmers haben wir bereits Bd. 1, S. 846 und Bd. 2, S. 468 und 469 d. W. bemerkt, daß derselbe unserer Ansicht zufolge nur die Ausübung der einem Dritten an der vermachten Sache zustehenden dinglichen Rechte zu gestatten brauche*), und auch in Beziehung auf den Geschenknehmer scheint uns die oben angeführte Meinung durch nichts gerechtfertigt**). Nur der Erbe wäre nach §. 548 verpflichtet, die Handlungen des Erblassers anzuerkennen und den von demselben abgeschlossenen Vertrag einzuhalten. Hätte der neue Eigenthümer sich gegen den früheren verpflichtet, das Bestandstück vor der im Bestandvertrage festgesetzten Zeit nicht zurückzufordern, und der Veräußerer das aus dem Versprechen erworbene Recht dem Bestandnehmer abgetreten, so ist dieser allerdings in die Lage versetzt, gegen den neuen Eigenthümer davon Gebrauch zu machen, und der Klage auf Zurückstellung des Bestandstückes die Einwendung des dem Vorgänger gemachten Versprechens entgegen zu setzen***). Wäre eine solche Abtretung nicht geschehen, so kann bloß der Veräußerer auf Erfüllung des demselben gemachten Versprechens dringen, nicht auch der Bestandnehmer, da nach §. 881 außer den vom Gesetze bestimmten Fällen Niemand für einen Andern ein Versprechen annehmen kann.

4) Ungeachtet der Bestandinhaber dem neuen Besitzer weichen muß, behält er doch sein Recht gegen den Bestandgeber, welcher durch die Veräußerung der Sache die Fortsetzung des Bestandvertrages vereitelt hat, und kann daher von demselben nach §. 1120 volle Genugthuung fordern †).

5) Eine andere Frage ist, ob der Bestandnehmer seinerseits berechtigt sei, dem neuen Eigenthümer vor Ablauf der vertragsmäßig bestimmten Zeit aufzukündigen? Wir zweifeln nicht, daß dieselbe bejaht werden müsse, da der Besitznachfolger an und für sich eben so wenig in die Verpflichtungen seines Vorgängers eintritt, als er die aus dem Obligationsverhältnisse entspringenden Rechte desselben erwirkt; wohl aber

---

*) So heißt es auch im fr. 32. Dig. l. c. (19, 2): Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit. Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset; quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, alii legasset, heres ejus emtori et legatario esset obligatus.

**) Scheidlein, a. a. O. S. 213.

***) Vgl. Scheidlein, a. a. O. S. 215. Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei judicio ei, quod placuit, parere cogetur. const. 9. Cod. l. c. (4, 65).

†) Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. fr. 25. §. 1. Dig. l. c. (19, 4).

könnte er sich dieselben, so lange sie nicht erloschen sind *), abtreten lassen (§. 1393) **).

6) Wie bereits oben S. 282 d. W. bemerkt wurde, kann das aus dem Bestandvertrage hervorgehende persönliche Recht durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in eine dingliche Last (§. 443) verwandelt werden, welche sich auch der nachfolgende Besitzer gefallen lassen muß. Ist dieß geschehen, so findet natürlicher Weise die Regel, daß der Bestandinhaber dem neuen Eigenthümer weichen müsse, keine Anwendung.

7) Hiervon hat das Gesetz aber im §. 1121 wieder eine Ausnahme festgesetzt, wenn nämlich eine nothwendige, gerichtliche Veräußerung im Executions- oder Concurswege vorgenommen wird; weil sonst mancher Kauflustige von dem Mitbieten abgeschreckt, oder sich doch auf keinen angemessenen Preis einlassen würde ***). Der Ersteher wird daher, ungeachtet des in die öffentlichen Bücher eingetragenen Bestandvertrages, berechtiget, dem Bestandnehmer zur gehörigen Zeit (§. 1120) aufzukündigen. Letzterer behält natürlich auch in diesem Falle sein Recht auf Schadenersatz gegen den Bestandgeber, und zwar wie uns scheint, auf volle Genugthuung †), da der §. 1121 mit dem §. 1120 im innigsten Zusammenhange steht, und nur in der Richtung eine Ausnahme von den dort entwickelten Grundsätzen aufstellen wollte, daß bei einer nothwendigen gerichtlichen Versteigerung der Bestandnehmer jedenfalls dem neuen Besitzer weichen muß. Das Gesetz geht übrigens noch weiter; da nämlich dem Bestandnehmer mit seinem Entschädigungsanspruche oft wenig gedient wäre, wenn er denselben nur wie jedes andere persönliche Recht geltend machen könnte, und daher allen Hypothekargläubigern des Bestandgebers nachstehen müßte, hat es diesen Anspruch gleichsam zu einem dinglichen erhoben, und ihm dieselbe Priorität eingeräumt, welche das eingetragene Bestandrecht selbst genoß.

8) Daß die Vorschrift des §. 1121 auch bei den im Wege der politischen Sequestration zur Einbringung von Steuerrückständen eingeleiteten Verpachtungen Anwendung findet, ist in dem Justizhfd. vom 25. August 1835 (galiz. Prov. G. S. S. 716) ausdrücklich erklärt.

§. 1122.

II. Erbpacht. **Der Vertrag, wodurch Jemanden das Nutzeigenthum eines Gutes erblich unter der Bedingung überlassen wird, daß er die jährlichen Nutzungen mit einer jährlichen, im Verhältnisse zu dem Ertrage bestimmten Abgabe im Gelde, in Früchten oder auch in verhältnißmäßigen Diensten vergelten solle, heißt ein Erbpachtvertrag.**

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 337.

**) Scheidlein, a. a. O. S. 317.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 222.

†) Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 340.

§. 1123.

Wird eine geringe Abgabe von dem Besitzer nur zur Anerkennung des Obereigenthums geleistet; so heißt der Grund ein Erbzinsgut, und der darüber errichtete Vertrag ein Erbzinsvertrag. III. Erbzinsvertrag.

§. 1124.

Im Zweifel, ob ein Nutzeigenthum ein Erbpachtgut oder ein Erbzinsgut sei, ist auf den Betrag des jährlichen Zinses und andere Schuldigkeiten Rücksicht zu nehmen. Steht dieser Betrag mit den jährlichen reinen Nutzungen außer allem Verhältnisse, so ist das Nutzeigenthum ein Erbzinsgut; läßt sich aber wenigstens von alten Zeiten her und bei ganz öde übernommenen Gründen ein Verhältniß denken, so ist es ein Erbpachtgut (§. 359).

1) Schon im römischen Rechte wurde gewissen Vermiethungen und Verpachtungen nicht bloß die Wirkung einer Obligation, sondern die eines dinglichen Rechtes beigelegt, wodurch sie sich dem Eigenthume bedeutend näherten, und häufig wohl auch als ein beschränktes (unvollständiges) Eigenthum aufgefaßt wurden *). Anfänglich wurden nur von Städten und gewissen religiösen Körperschaften und Collegien Grundstücke in Erbpacht verliehen; später geschah dieß auch mit fiscalischen oder kaiserlichen Gütern und so entstand das jus in agro vectigali und das jus in agro patrimoniali. Später wurden beide Rechtsinstitute mit einander verschmolzen, und derlei Vergabungen auch von einzelnen Privaten vorgenommen, woraus sich das s. g. jus emphyteuticarium entwickelte. Selbst die älteren römischen Juristen zweifelten noch über die Natur desselben, bis Kaiser Zeno **) entschied: Jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse, et utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam. Die eigenthümliche Beschaffenheit der emphyteusis zeigte sich nun darin, daß der emphyteuta nicht nur das Recht der vollständigen Benützung, sondern auch die Vererbung und Veräußerung des emphyteutischen Gutes erhielt, und zu seinem Schutze alle Klagen des Eigenthümers an der Stelle desselben anbringen konnte. Dagegen hatte er dem dominus emphyteuseos gegenüber die Verpflichtung, eine bestimmte Abgabe (canon, pensio, vectigal) zu bezahlen, das Grundstück nicht zu deterioriren oder

---

*) Puchta, a. a. O. §. 174.

**) Cod. IV. 66. de jure emphyteutico. const. 1.

gar in Verfall gerathen zu lassen und die öffentlichen Abgaben zu tragen. Wegen Vernachlässigung dieser Verpflichtungen stand dem Eigenthümer das Recht der Entsetzung des Emphyteuten (das Recht der Privation, jus expellendi) zu; auch hatte er das Recht des Verkaufes und die Befugniß, bei dem Uebergange der Emphyteusis auf einen Andern durch Singularsuccession eine Quote von dem Preise, der eigentlich für die erzielten Verbesserungen (ἐμπονήματα) gegeben wird, zu verlangen *).

In Deutschland hatte einerseits die Anhäufung großer Gütermassen in einer Hand, und anderseits das Bedürfniß Vieler, sich in den Schutz eines Mächtigen zu begeben, Verleihungen von Ländereien veranlaßt, bei welchen die Absicht zum Grunde lag, ein Gut mit erblichen Rechten gegen Entrichtung eines gewissen Zinses zum Anbau auf Jemanden zu übertragen. Die deutsche Emphyteuse unterschied sich von der römischen hauptsächlich dadurch, daß, während die letztere wesentlich als ein jus in re aliena aufgefaßt werden muß, erstere dem Erbzinsmanne das nutzbare Eigenthum einräumte, wogegen sich der Verleiher gewisse Abgaben (den Erbzins), eine Art von Aufsicht, und den bedingten Heimfall vorbehielt. Außerdem kam auch noch eine andere Art von Gutsverleihungen vor, bei welchen der Herr des Gutes einer Familie das erbliche Bewirthschaftungs- und Benutzungsrecht gegen eine damit im Verhältnisse stehende jährliche Abgabe übertrug, jedoch ohne ihm ein nutzbares Eigenthum einzuräumen. So bildete sich eine besondere Art von dinglichem Recht heraus, welche von Einigen „erblicher Grundnießbrauch" **), von Anderen anders benannt, wohl auch als „Erbpacht" bezeichnet wird. Häufig hat man aber auch „Erbzinsrecht" und „Erbpacht" für gleichbedeutend genommen, und mit Emphyteusis übersetzt **).

Häufig war mit dem Erbzins- und Erbpachtsverhältnisse noch ein anderes politisches Verhältniß verbunden, welches sich aus der ehemaligen Unfreiheit des Bauernstandes entwickelt hatte. Der Grundherr war nämlich nicht nur Obereigenthümer des verliehenen Gutes, sondern der Besitzer desselben befand sich zu ihm auch noch in dem s. g. nexus subditelae und war seiner gutsherrlichen Gerichtsbarkeit unterworfen †). Wie nun die Staatsgewalt immer mehr und mehr erstarkte, wurde jene grundherrliche Gewalt in immer engere Schranken zurückgewiesen und

---

*) Puchta, a. a. O. §. 176.

**) Mittermaier, a. a. O. §§. 487 und 488.

***) So sagt Grenecke in seinem Theatrum jurisdictionis austriacae (Wien, 1752 p. 123): Emphyteusis ist ein Vertrag, da der Grundherr das utile dominium oder das nutzbare Eigenthum seines Grundes einem Andern überläßt, um solches entweder auf ewig, oder auf eine gewisse Zeit zu nutzen und zu gebrauchen, jedoch mit der Bedingniß, daß der Grund verbessert, baubarer gemacht, und dafür ein jährlicher Zins gereicht werde.

†) So heißt es im Tract. de jurib. incorp. Tit. IV. §. 1: „Einem Grundherrn sind seine Unterthanen in Real- und Personalsprüchen (außer den Fällen so landesgerichtsmäßig oder der forstobrigkeitlichen Jurisdiction anhängig) unterworfen." — Vgl. Bd. 1, S. 116 d. W.

zugleich auf die allmälige Entfesselung des Grundes und Bodens von dem drückenden Verhältnisse, in das er durch jene Theilung des Eigenthumes gerathen war, hingearbeitet.

2) In Oesterreich war nach erfolgter Aufhebung der Leibeigenschaft das s. g. Unterthansverhältniß hauptsächlich durch die beiden Patente vom 1. September 1781, Nr. 23 und 24 der J. G. S., für die deutschen und slawischen Kronländer, dann in Ungarn durch die Gesetze aus den Jahren 1767 und 1785, in Slawonien durch das Urbarium vom J. 1756, in Croatien und dem Banat durch jenes vom J. 1780, und die Reichstagsartikel der Jahre 1791 und 1808, in Siebenbürgen endlich durch den 26. Artikel des Landtages vom J. 1791 geregelt worden, bis die Ereignisse des Jahres 1848 auch in diesem Verhältnisse eine völlige Umgestaltung herbeiführten. So erklärte das kais. Patent vom 7. September 1848 die Unterthänigkeit und das schutzobrigkeitliche Verhältniß sammt allen diese Verhältnisse normirenden Gesetzen für aufgehoben und bestimmte, daß Grund und Boden zu entlasten sei, und daß alle aus dem Unterthänigkeitsverhältnisse entspringenden, dem unterthänigen Grunde anklebenden Lasten, Dienstleistungen und Giebigkeiten jeder Art, so wie aus dem grundherrlichen Obereigenthume, aus der Zehent-, Schutz-, Vogt- (Wein-) und Bergherrlichkeit und aus der Dorfobrigkeit herrührenden, von den Grundbesitzungen oder von Personen bisher zu entrichten gewesenen Natural-, Arbeits- und Geldleistungen, mit Einschluß der bei Besitzveränderungen unter Lebenden und auf den Todesfall zu zahlenden Gebühren theils ohne, theils gegen billige Entschädigung aufzuhören haben; die Patrimonialbehörden wurden angewiesen, die Gerichtsbarkeit und die politische Amtsverwaltung provisorisch bis zur Einführung landesfürstlicher Behörden auf Kosten des Staates fortzuführen, und die entgeltliche Aufhebung der in emphyteutischen oder sonstigen über die Theilung des Eigenthumes abgeschlossenen Verträgen begründeten wechselseitigen Bezüge und Leistungen in Aussicht gestellt. Mit Bezugnahme auf diese Bestimmungen erklärte das kais. Patent vom 4. März 1849, Nr. 152 des R. G. Bl., im §. 5, daß die eben erwähnten Leistungen, bis deren Ablösung erfolgt ist, fortan erfüllt werden sollen, mit alleiniger Ausnahme der Naturalarbeitsleistungen, welche sogleich in Geld zu reluiren waren, — daß aber auf zeitliche Grundpacht- und Grundbestandverträge das Gesetz vom 7. September 1848 keine Anwendung zu finden habe (§. 6 ebd.). Aehnliche Bestimmungen sind für Galizien und Lodomerien in den §§. 6 und 7 des kais. Patentes vom 15. August 1849, Nr. 361 des R. G. Bl., mit Bezugnahme auf das Patent vom 17. April 1848, Nr. 1136 der J. G. S., enthalten, durch welches in diesem Kronlande schon vor dem Erscheinen des Gesetzes vom 7. September 1848 alle Roboten und sonstigen unterthänigen Leistungen sowohl der Grundwirthe als auch der Häusler und Inleute aufgehoben worden waren. Das Nämliche hatte für die Bukowina das Patent vom 9. August 1848, Nr. 1173 des R. G. Bl., und für Krakau die Hof-Comm.-Kundmachung vom 24. April 1848, Z. 1181, verfügt. Für Ungarn und dessen ehemalige Nebenländer (mit Inbegriff Siebenbürgens) war die Aufhebung des Urbarialverbandes durch den IX. Gesetzartikel des

Reichstages vom J. 1848 ausgesprochen und durch das kais. Patent vom 2. December 1848 bestätigt worden*).

3) Durch die bisher erwähnten Anordnungen ist nun das Unterthänigkeitsverhältniß und die mit demselben im Zusammenhange stehende Theilung des Eigenthumes an Grund und Boden (vgl. §. 1146) aufgehoben worden, sie sollten aber das rein privatrechtliche Institut des Erbpachtes und Erbzinses (der Emphyteuse) eigentlich nicht berühren. Da jedoch die aus den älteren Zeiten herrührenden Verhältnisse dieser Art eine Mischung von öffentlichen und privatrechtlichen Institutionen enthielten, welche eine Scheidung dieser beiden Elemente nicht zuließ, so blieb wohl nichts anderes übrig, als dieselben in ihrem ganzen Umfange aufzuheben, wie dieß auch durch die oben angeführten Vorschriften geschehen ist. Diese sind dagegen auf das lombardisch-venetianische Königreich nicht anwendbar, weil daselbst der nexus subditelae schon längst nicht mehr bestanden hatte; wohl aber kommt daselbst die Theilung des Eigenthumes in Folge emphyteutischer Verträge — welche hier ihre rein privatrechtliche Natur bewahrt haben — (das s. g. Livellarverhältniß) in ausgedehntestem Maße vor, und diese sind noch immer nach den Bestimmungen unseres a. b. G. B., wie sie in den nachfolgenden Paragraphen enthalten sind, zu beurtheilen**).

4) Eine andere Frage ist die, ob in Zukunft eine Theilung des Eigenthumes noch stattfinden könne, und welche Leistungen sich der Obereigenthümer bei diesem Anlasse bedingen dürfe? Unseres Erachtens muß der erste Theil dieser Frage ohne weiters bejaht werden, da weder das Patent vom 7. September 1848 noch irgend Eines der späteren Ablösungsgesetze ein dießfälliges Verbot enthält. Ja, auch der §. 32 des (nunmehr aufgehobenen) Patentes vom 4. März 1849, Nr. 150 des R. G. Bl., besagte ausdrücklich, „daß für die Zukunft bei Theilung des Eigenthumes keine Liegenschaft mit einer unablösbaren Leistung belastet werden dürfe", setzt also eine solche Theilung offenbar als statthaft voraus. Schwieriger ist die Beantwortung des zweiten Theiles der oben aufgeworfenen Frage, da einerseits keine bestimmten gesetzlichen Anhaltspuncte dafür vorhanden sind, anderseits aber doch aus dem Geiste, der die Grundentlastungsvorschriften durchweht, mancherlei Beschränkungen hervorzugehen scheinen, die sich auch im Interesse des Aufschwunges der Landwirthschaft als gerechtfertigt darstellen dürften. Von diesem Gesichtspuncte ausgehend, stimmen wir der Ansicht Kabelka's bei, wenn er***)

---

*) Die vollständige Angabe der auf die Aufhebung des Unterthänigkeits- (Urbarial-) Verbandes und auf die Grundentlastung sich beziehenden Anordnungen findet sich in der vom Ministerialrath von Hye herausgegebenen Sammlung der Gesetze und Verordnungen im Justizfache (Wien, 1856). Bd. 1, S. 81 u. ff.

**) Hinsichtlich Dalmatiens bestimmt der §. 35 des kais. Pat. vom 4. März 1849, daß die Frage über den Umfang der Anwendbarkeit des Gesetzes vom 7. September 1848 wegen der daselbst bestehenden noch näher zu erhebenden besonderen Verhältnisse einer eigenen Verhandlung vorbehalten bleibe.

***) In seinem Aufsatze „über den Einfluß der Ablösungsgesetze auf das Privatrecht" in Haimerl's Magazin Bd. 10, S. 305.

behauptet, daß die Stipulirung ewiger, unablösbarer Leistungen für die Zukunft untersagt sei, indem dadurch die eben mit so großen Opfern aufgehobenen Grundlasten in einer, wenn auch etwas modificirten Gestalt neuerdings wieder eingeführt werden könnten, und zumal das Patent vom 5. Juli 1853, Nr. 130 des R. G. Bl., — freilich nur in Beziehung auf die Einräumung von Dienstbarkeiten — ausdrücklich bestimmt, daß die Unablösbarkeit derselben in keinem Falle bedungen werden dürfe, und daß eine solche Bestimmung, wenn sie beigefügt würde, als ungiltig und nicht beigesetzt zu betrachten sei (s. Bd. 2, S. 240 d. W.). Dagegen finden wir die weiteren Behauptungen des gedachten Schriftstellers, daß die stipulirte Leistung, mag sie in Geld, Früchten oder persönlichen Dienstleistungen bestehen, nur als eine persönliche Schuld des Nutzeigenthümers aufgefaßt werden könne, die ihren dinglichen Charakter durch Realversicherung erhält, mithin sich nur als eine verhypothecirte Schuld des Erbpächters darstellt, — durch nichts gerechtfertigt, und dem Begriffe der Theilung des Eigenthumes durchaus nicht angemessen. Eben so wenig können wir einsehen, warum die Entrichtung einer Veränderungsgebühr (eines Laudemiums), wenn es sich nicht um eine lex ferenda, sondern um das bestehende Recht handelt, nicht solle bedungen werden können.

5) Die ehemals üblichen Verträge, vermöge welcher Grundeigenthümer einen Theil ihrer Realität auf die Lebenszeit gewissen Personen gegen Vorbehalt des Rückfalles mit dem Tode derselben überlassen, wurden für Böhmen durch das Hfd. vom 15. März 1833, Nr. 2603 der J. G. S., als unzulässig und wirkungslos erklärt.

§. 1125.

Ist ein Eigenthum dergestalt getheilt, daß einem Theile die Substanz des Grundes sammt der Benützung der Unterfläche, dem anderen Theile aber nur die Benützung der Oberfläche erblich gehört; so heißt die jährliche, von diesem letzteren Besitzer zu entrichtende Abgabe Bodenzins. IV. Bodenzins.

1) Die superficies bildete im römischen Rechte ein von der Emphyteusis verschiedenes jus in re aliena, welches sich in der vollständigen Benutzung eines fremden Gebäudes äußerte*). Nach dem österr. bürgl. G. B. ist es das Nutzeigenthum der Oberfläche eines Grundstückes, dessen Umfang die §§. 1147 und 1150 näher bestimmen, und wofür an den Obereigenthümer eine gewisse Abgabe (der Bodenzins) zu entrichten kommt. Wenn es im §. 1125 heißt, daß dem Bodenzinsmanne nur die Benützung der Oberfläche erblich angehöre, so will durch das Wörtchen „nur" nicht angedeutet werden, daß demselben kein Antheil an der Substanz des Grundes gebühre, — denn in diesem Falle wäre eben keine Theilung des Eigenthums vorhanden, — sondern es soll nur der

*) Dig. 43. Tit. 18. de superficiebus. — Puchta, a. a. O. §. 175.

Gegensatz hervorgehoben worden, daß ihm kein Recht auf die Benutzung der Unterfläche zukomme.

2) Ein anderes eigenthümliches Verhältniß wurde dadurch herbeigeführt, daß in manchen Gegenden unter fremden Grundstücken mit Einverständniß der Besitzer der letzteren Keller gegraben, oder solche bereits hergestellte Keller durch Kauf erworben wurden. Diese Keller wurden von den Eigenthümern veräußert und verpfändet und die darauf erworbenen dinglichen Rechte mittelst des Grundbuches versichert. Diese Keller sind meistens so angelegt, daß der Eingang nicht auf dem Grundstücke, sondern auf der anstoßenden Straße oder in der Seitenwand eines Hohlweges sich befindet. Auf der Oberfläche des Feldes erscheint außer den Kellerlöchern keine Spur des Kellers. Das ganze zur landwirthschaftlichen Benützung bestimmte Grundstück bleibt als solches unverändert und ungetheilt, und die Verhältnisse des Grundbesitzers zum Inhaber des Kellers nehmen mehr die Gestalt einer Grunddienstbarkeit als eines getheilten Eigenthumes an. In Beziehung auf dieselben erklärte das Hfkzld. vom 2. Juli 1832 (nied. österr. Prov. G. S. Bd. 14, S. 340), daß Verträge, die von Grundbesitzern über solche Dienstbarkeiten eingegangen werden, durch keine Genehmigung von Seite der Behörden bedingt seien, daß die über Untheilbarkeit der Grundstücke bestehenden politischen Vorschriften ihrer Tendenz nach auf die Keller unter fremden Grundstücken keine Anwendung finden, und daß kein zureichender Grund vorhanden sei, für die Zukunft die Erwerbung oder Erbauung von Kellern in fremdem Grunde zu untersagen, gleichwie auch durch die k. k. vereinte Hofkanzlei einverständlich mit der k. k. obersten Justizstelle die Beibehaltung des eingeführten Grundbuches über diese Keller und Preßhäuser angeordnet wurde.

§. 1126.

Erwerbung des nutzbaren Eigenthumes.

Das getheilte Eigenthum einer unbeweglichen Sache kann ebensowenig, als das vollständige, ohne Einverleibung in die öffentlichen Bücher oder Register erworben werden. Ein gültiger Titel gründet nur ein persönliches Recht gegen die verbundene Person, aber kein dingliches Recht gegen einen Dritten (§. 431).

Die Anordnung des vorstehenden Paragraphen ist nur eine consequente Anwendung des in den §§. 424, 425 und 431 ausgesprochenen Grundsatzes; dieselbe hat für das lombardisch-venetianische Königreich keine Geltung, so lange die daselbst bestehenden Register nicht zur Evidenzhaltung des Eigenthumes an unbeweglichen Gütern bestimmt sind; für jene Kronländer aber, in denen das oben erwähnte Patent vom 5. Juli 1853, Nr. 130 des R. G. Bl., kundgemacht wurde, dürfte im Wege der Analogie aus §. 43 daselbst gefolgert werden, daß ein getheiltes Eigenthum in Hinkunft nicht anders, als durch einen schriftlich ausgefertigten Vertrag oder eine letzte Willenserklärung erworben werden könne, daß aber eine (constituirende) Ersitzung desselben nicht zuläßig sei.

§. 1127.

Die Rechte des Ober- und Nutzungseigenthümers kommen überhaupt darin überein, daß ein jeder mit seinem Theile in soweit verfügen kann, als die Rechte des Anderen dadurch nicht verletzt werden (§. 363). Gemeinschaftliche Rechte des Ober- u. Nutzungs-Eigenthümers.

§. 1128.

Einer wie der Andere ist berechtiget, seinen Antheil gerichtlich zu verfolgen, ihn zu verpfänden, und unter Lebenden oder durch eine letzte Willenserklärung zu veräußern. Wer eine Einschränkung behauptet, muß solche durch die gehörigen Urkunden, durch sogenannte Gewährbriefe oder Handfesten beweisen.

1) Da sowohl der Ober- als der Nutzungseigenthümer wahrer Eigenthümer seines Antheiles ist, so müssen Jedem derselben in der Regel alle Rechte zustehen, welche dem Eigenthümer überhaupt gebühren, nur darf Keiner etwas vornehmen, was mit dem Rechte des Andern im Widerspruch stünde (§. 363). Es hat demnach Jeder das Recht, sowohl die possessorischen als die petitorischen Rechtsmittel, — und zwar nicht nur gegen dritte Personen, sondern auch gegen den andern Theil selbst — geltend zu machen, wenn dieser in seine Befugnisse eingriffe, und ebenso steht Jedem das Recht zu, seinen Antheil zu verpfänden, mit Dienstbarkeiten zu belasten, und unter Lebenden oder auf den Todesfall zu veräußern. Die Beschränkungen, die bezüglich der Theilung von Bauerngründen eintreten, sind bereits oben (Bd. 2, S. 857 d. W.) angeführt worden.

2) Von den bisher entwickelten Grundsätzen können allerdings Ausnahmen eintreten, indem z. B. die Vererbung durch letztwillige Anordnung ausgeschlossen, die Verpfändung oder Veräußerung von dem Consense des Obereigenthümers abhängig gemacht wird u. dgl., doch sind solche Abweichungen von der Natur des (wenngleich getheilten) Eigenthumes nicht zu vermuthen, sondern müssen von Demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden.

§. 1129.

Der Obereigenthümer ist insbesondere berechtiget, dem Nutzeigenthümer nicht nur die Verringerung der Nutzungssache, sondern auch alle Veränderungen zu untersagen, wodurch die Ausübung seiner Rechte vereitelt oder erschwert werden kann. Besondere Rechte und Pflichten des Obereigenthümers.

§. 1130.

1) in Rücksicht d. Erhaltung, Bearbeitung u. Veränderungen des Gutes.

Er kann also verlangen, daß der Nutzungseigenthümer für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge trage. Vernachlässiget er, ungeachtet der geschehenen Warnung, die Erfüllung dieser Pflichten, oder ist er die auf dem Grunde haftenden Lasten zu tragen unfähig; so kann der Obereigenthümer auf die Ueberlassung des Gutes an andere Erbpacht- oder Erbzinsmänner dringen.

1) Dem Obereigenthümer gebührt nicht nur ein Antheil an dem Rechte auf die Substanz (§. 357), sondern auch das Heimfallsrecht nach §. 1149; es ist also nur ganz folgerichtig, daß er dem Nutzungseigenthümer jede Verringerung der Nutzungssache untersagen kann, — wovon eine Ausnahme bloß dann eintritt, wenn die Benützung des Grundes sonst nicht stattfinden könnte (§. 1143), wie wenn z. B. Abzugsgräben angelegt werden müßten, um eine nasse Wiese zu entwässern.

2) Die Culturart des Grundstückes zu verändern ist der Nutzungseigenthümer in der Regel nicht gehindert, wofern nur dadurch die Nutzungssache nicht verschlechtert wird, was z. B. dann geschähe, wenn Wiesengrund in bloßes Weideland verwandelt würde. Hiervon kann jedoch eine Ausnahme dann eintreten, wenn es anders im Vertrage bedungen wäre, wie wenn sich z. B. der Obereigenthümer einen Zins in bestimmten Früchten vorbehalten hätte.

3) Im Allgemeinen liegt dem Nutzungseigenthümer die Verpflichtung ob, das Gut in bauhaftem Zustande zu erhalten, es also entweder selbst zu bebauen, oder durch Andere bebauen zu lassen.

4) Nach römischem Rechte *) war dem Obereigenthümer (wenn dieser die sanctissima magna ecclesia vel alia venerabilis domus war) das Recht eingeräumt, den Nutzungseigenthümer, der das emphyteutische Gut deteriorirte, von demselben zu verjagen (ejicere, expellere), welches Recht von der Praxis auf andere Obereigenthümer ausgedehnt **), durch das canonische Recht aber ***) wesentlich gemildert wurde. Auch nach deutschem Rechte war die Abmeierung (Abstiftung) nur aus bestimmten Ursachen zulässig, die entweder in der Verleihungsurkunde als solche angegeben, oder im Landesgesetze oder der Hofsgewohnheit begründet sein mußten †). Die nichtgehörige Bewirthschaftung des Grundes gehörte der Natur der Sache nach wohl meistens unter dieselben, doch muß vorausgesetzt werden, daß a) vergeblich auf Abstellung des Mißbrauches gedrungen wurde („ungeachtet der geschehenen Warnung" sagt §. 1130), und b) daß der Nutzungseigenthümer nicht etwa Umstände nachweisen könne, die seine Schuld ausschließen.

---

*) Nov. 120 cap. 8.
**) Voëtius lib. VI. Tit. III. §. 46.
***) Cap. 4. X. de locat.
†) Mittermaier, a. a. O. §. 500.

5) Da der Nutzungseigenthümer nach §. 1144 alle ordentlichen und außerordentlichen, dem Gute anklebenden Lasten tragen muß, so hat das Gesetz (§. 1130) dem Obereigenthümer das Recht der Abstiftung auch dann zugestanden, wenn der Nutzungseigenthümer diese Lasten zu tragen unfähig wäre. Andere Gründe, aus denen die Abstiftung Platz greifen konnte (z. B. wegen widerspänstigen Betragens) sind mit der Aufhebung des Unterthansverhältnisses hinweggefallen.

§. 1131.

Das vorzüglichste Recht des Erbpacht- und Erbzinsherrn besteht in der Beziehung des jährlichen Zinses und anderer bedungenen Gebühren. Diese können unter keinem Vorwande erhöhet, von den zum Grunde nicht gehörigen Fahrnissen aber, so wie von anderen beweglichen Sachen gar nicht bezogen werden. (2 des Erbzinses.

1) Das wichtigste Recht des Obereigenthümers besteht in dem Bezuge des bedungenen Zinses, mag ihm dieser in Geld, Früchten oder Dienstleistungen gebühren. Dieses Recht darf von ihm nicht einseitig erweitert, also der Zins nicht erhöht werden, zumal auch bei dem Erbpachte, wo die jährliche Abgabe mit den Nutzungen des Gutes im Verhältnisse steht, die erzielten Verbesserungen dem Nutzungseigenthümer für seine angewandte Bemühung zu Gute kommen sollen.

2) Da der Zins bloß als Entgelt für die Ueberlassung des Nutzungseigenthumes entrichtet wird, so kann er überhaupt von dem freien Vermögen des Nutzungseigenthümers (von dem Allode) nicht gefordert werden, mag dieses in beweglichen Gütern (deren auch der Paragraph erwähnt) oder in anderweitigen Grundstücken bestehen, wobei nur zu berücksichtigen kommt, daß der s. g. fundus instructus (vgl. §. 296 und Bd. 1, S. 641 d. W.) zum unbeweglichen Gute gerechnet wird.

§. 1132.

Der jährliche Zins muß, wenn nichts verabredet oder durch Provinzialgesetze bestimmt ist, in der ersten Hälfte des Monates November abgeführt werden. Wann der Zins zu entrichten.

Die Zeit der Entrichtung des Zinses mußte nach den in den einzelnen Kronländern herrschenden Gewohnheiten oder den daselbst bestehenden Provinzialgesetzen beurtheilt werden; da aber diese Bestimmungen mit dem nunmehr aufgehobenen Unterthansverhältnisse im innigsten Zusammenhange standen, so dürfte gegenwärtig nur die getroffene Verabredung oder die suppletorische Verfügung des §. 1132 entscheiden, welch' letztere die Zahlung des Zinses auf einen Zeitpunct festgesetzt hat, wo die Früchte nicht nur bereits eingebracht, sondern auch zum Verkaufe geeignet sind, die Entrichtung also dem Nutzungseigenthümer am wenigsten schwer fällt.

§. 1133.

Wann eine Erlassung stattfinde?

In der Regel haftet ein unvollständiger Eigenthümer dem andern nicht für den Zufall; allein, wenn ein Erbpächter durch Ueberschwemmungen, Krieg oder Seuchen sein Pachtgut zu benützen verhindert worden ist, so muß demselben für die Zeit der vermißten Benützung ein angemessener Erlaß vom Zinse gestattet werden.

§. 1134.

Ein Erbzinsmann hat auf einen ähnlichen Erlaß keinen Anspruch; er muß, so lange ein Theil des Erbzinsgutes vorhanden ist, den festgesetzten Erbzins voll entrichten.

1) Daß der Ober- und Nutzungseigenthümer einander nicht für den Zufall haften, folgt aus der allgemeinen Bestimmung des §. 1311; rücksichtlich der Frage aber, in wieferne der Letztere einen Nachlaß am Zinse anzusprechen habe, muß zwischen dem Erbpacht- und dem Erbzinsverhältnisse unterschieden werden.

2) Dem Erbpächter gebührt nach unserem Gesetze ein Nachlaß, wenn er durch einen Zufall, der sich nicht etwa bloß in seiner Person ereignet, sondern der das Erbpachtgut selbst betroffen hat, verhindert wurde, dieses zu benützen. Den Schaden, der sich bloß in den Früchten ereignet hat (z. B. Wetterschläge), muß er dagegen allein tragen, ohne auf einen Nachlaß Anspruch machen zu können. Dieser gebührt ihm jedoch anderseits auch dann, wenn gleich das Erträgniß nicht bis unter die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen ist (vgl. §. 1105). Bei der Ausmittelung des Nachlasses müßte nicht nur auf die Zeit der gehemmten Benützung, sondern auch auf das Maaß des entzogenen gewöhnlichen Ertrages gesehen werden *).

3) Der Erbzinsmann hat auf einen Erlaß am Pachtzinse im Allgemeinen gar keinen Anspruch, da der Erbzins mit dem Ertrage des Gutes in keinem Verhältnisse steht, sondern bloß zur Anerkennung des Obereigenthumes entrichtet wird (§. 1123), das vorausgesetztermaßen noch besteht. Würden also nicht einmal so viel Früchte erzielt worden sein, als nothwendig ist, um davon den gebührenden Erbzins zu entrichten, so müßte der Erbzinsmann sich dieselben anderswoher verschaffen.

§. 1135.

Recht bei verzögerter Entrichtung des Zinses.

Hat der Erbzinsmann den Zins in der bedungenen Zeit nicht abgeführt, so kann der Erbzinsherr verlangen, daß die Nutzung in Beschlag genommen, und er aus derselben schadlos gehalten werde.

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 469.

§. 1136.

Ein Erbpachtherr hat in Ansehung des über Ein Jahr ausständigen Zinses die Wahl, entweder die Pfändung der Nutzungen oder die gerichtliche Versteigerung des Erbpachtgutes zur Berichtigung der Rückstände zu verlangen.

1) Ist der Nutzungseigenthümer in der Entrichtung des bedungenen Zinses säumig, so kann der Obereigenthümer jedenfalls die Sequestration der Früchte begehren, um sich aus diesen zahlhaft zu machen. Nach dem Hfkzld. vom 17. März 1797 mußte dieses Begehren bei den politischen Behörden angebracht werden; allein schon das Hfkzld. vom 28. Juli 1801 erklärte, daß diese Verfügung auf das Land Tyrol, wo kein Unterthanspatent und kein nexus subditelae besteht, nicht anwendbar sei, und ebenso bestimmte das Hfd. vom 21. Juli 1819, daß Streitigkeiten über Zinse und Dienste zwischen Parteien, bei welchen das Verhältniß von Grundobrigkeit und Gutsunterthan nicht obwaltet, zur Competenz der Gerichtsstellen gehören; um so mehr muß dieß also gegenwärtig der Fall sein, wo der nexus subditelae gänzlich aufgelöst ist.

2) Das römische Recht hatte auf drei- und zweijährigen Rückstand in der Entrichtung des Zinses den Heimfall des Gutes angedroht*), wogegen das deutsche Recht die Abmeierung in der Regel nur dann gestattet, wenn Arglist oder Verschulden des Bauers vorliegt, auch die Mahnung fruchtlos war, und der Bauer selbst nach angestellter Heimfallsklage den Canon nicht bezahlen kann**). Unser Gesetz hat einen Mittelweg eingeschlagen; es räumt nämlich das Recht, auf executive Veräußerung des Pachtgutes selbst zu dringen, nur dem Erbpachtherrn***), — und auch diesem nur dann ein, wenn der Zins über Ein Jahr ausständig ist; da nun ein Rückstand erst dann vorhanden ist, wenn der Zins bereits zu entrichten gewesen wäre, aber nicht entrichtet wurde, der Zins aber meistens jährlich (vgl. §. 1132) abgeführt wird, so stimmt die Verfügung des b. G. B. im Allgemeinen rücksichtlich der Zeitdauer mit dem Rechte der Nov. 120 überein.

§. 1137.

Der Obereigenthümer ist verpflichtet, den Nutzungseigenthümer in Rücksicht des unmittelbar von ihm erhaltenen Nutzungseigenthumes zu vertreten, und wenn das Nutzungsrecht mit der Substanz wieder vereiniget wird, ihm oder seinem Nachfolger die getroffenen Verbesserungen wie einem andern

3) In Rücksicht der Lasten u. Verbesserungen.

*) Const. 2. Cod. de jur. emphyt. (4, 56); Nov. 120. cap. 8.

**) Mittermaier, a. a. O. §. 500.

***) Nicht auch dem Erbzinsherrn, von dessen Rechten der §. 1135 spricht, und zwar wohl deßhalb, weil dieser bei der Geringfügigkeit des Erbzinses nicht in gleichem Grade gefährdet erscheint; daß jedoch auch bei Erbzinsgütern der §. 1130 zur Anwendung komme, unterliegt keinem Zweifel.

redlichen Besitzer zu vergüten, und für die Richtigkeit der öffentlichen Bücher und Register, die er über seine Zinsgüter führet, zu haften.

1) Die Pflicht der Vertretung (Gewährleistung) folgt für den Obereigenthümer aus den §§. 922 und 923, da die Verleihung des Nutzungseigenthumes unter einem entgeltlichen Titel geschieht; doch kann sich der Nutzungseigenthümer nur dann an den Obereigenthümer wenden, wenn er das Nutzungseigenthum „unmittelbar" von ihm erhalten hat; im entgegengesetzten Falle müßte er sich natürlich an seinen Vormann halten.

2) Die Schlußverfügung des Paragraphen hat bei der, nunmehr geänderten Grundbuchsführung, welche nicht mehr von der Grundobrigkeit geschieht, sondern durchwegs landesfürstlichen Behörden übertragen ist, ihre Anwendbarkeit verloren.

§. 1138.

Für andere von dem Nutzungseigenthümer aufgebürdete und den öffentlichen Büchern nicht einverleibte Lasten haftet der Obereigenthümer nicht. Der Nutzungseigenthümer kann überhaupt einem Anderen nicht mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Das Recht des Einen erlischt also mit dem Rechte des Anderen.

1) Der Nutzungseigenthümer ist nach §. 1128 berechtiget, den ihm gehörigen Antheil zu verpfänden oder sonst zu belasten. Hat er dieses gethan, und sind die betreffenden Lasten in die öffentlichen Bücher eingetragen worden, so muß sie, selbst im Falle der Wiedervereinigung des Nutzungsrechtes mit der Substanz der Sache, der Obereigenthümer anerkennen, eben weil sie als dingliche Lasten von jedem Besitznachfolger übernommen werden müssen (§. 443). Dem steht die Schlußverfügung des §. 1138 nicht entgegen; denn diese wollte nur den, im §. 442 ausgesprochenen Grundsatz wiederholen, daß Niemand einem Andern Rechte einräumen könne, die er selbst nicht hat, wogegen dem Nutzungseigenthümer eben das Recht der Belastung seines Antheiles zusteht*).

2) Bloß persönliche, den öffentlichen Büchern nicht einverleibte Verbindlichkeiten, die der Nutzungseigenthümer eingegangen hat, braucht der Obereigenthümer als Particularnachfolger nicht zu übernehmen, gleichwie auch das Belastungsrecht des Nutzungseigenthümers vertragsmäßig beschränkt werden kann, welche Beschränkung sohin, wenn sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, ihre Wirksamkeit allerdings auch dritten Personen gegenüber äußern muß (vgl. §. 527).

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 368. — Winiwarter, bürgl. Recht Bd. 4, S. 353.

§. 1139.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Nutzungseigenthümers stehen überhaupt mit den festgesetzten Verbindlichkeiten und Rechten des Obereigenthümers im Verhältnisse.

Rechte und Verbindlichkeiten des Nutzungs-Eigenthümers überhaupt.

§. 1140.

Der Nutzungseigenthümer bedarf zur Veräußerung die Einwilligung des Obereigenthümers nicht, doch muß er ihm den Nachfolger zur Beurtheilung, ob derselbe dem Gute vorzustehen und die darauf haftenden Lasten zu entrichten fähig sei, namhaft machen. Auf ein Vorkaufs- oder Einstandsrecht hat der Obereigenthümer keinen Anspruch.

1) Insbesondere in Rücksicht der Veräußerung.

§. 1141.

Hat sich aber der Obereigenthümer diese Einwilligung und Rechte ausdrücklich vorbehalten, so muß er sich binnen dreißig Tagen nach der ihm gemachten ordentlichen Anzeige erklären. Nach dieser Frist wird seine Einwilligung für ertheilt gehalten. Ohne Ausübung des Vorkaufs- oder Einstandsrechtes kann er die Einwilligung nur wegen offenbarer Gefahr der Substanz und der damit verknüpften Rechte verweigern.

1) Nach römischem Rechte *) war der Emphyteut verpflichtet, bei Veräußerung des emphyteutischen Rechtes dem Obereigenthümer den Nachfolger anzuzeigen, und Ersterer hatte das Recht des Vorkaufes, welches er jedoch binnen zwei Monaten ausüben mußte. Wie sich das Vorkaufsrecht in Deutschland und namentlich in Oesterreich entwickelte, wurde bereits oben (S. 265 d. W.) in Kürze angedeutet. Wenn gleich nun dasselbe bereits durch die Josephinische Gesetzgebung beseitiget war, so hatte sich doch die Meldungspflicht des Nutzeigenthümers erhalten, wie sie im §. 1140 ausgedrückt erscheint, und durch ein ursprünglich nur an das tyrolische Appellationsgericht erlassenes, später aber in die Justiz-Gesetzsammlung aufgenommenes Hfd. vom 17. September 1821, Nr. 1797, näher geregelt wurde. Nunmehr aber bestimmt der Justiz-Minist.-Erl. vom 2. October 1849, Nr. 1 des R. G. Bl. vom J. 1850, daß bei dem Umstande, als durch das Gesetz vom 7. September 1848 die Entlastung von Grund und Boden unbedingt ausgesprochen wurde, und die Nutzungseigenthümer grundrechtbarer Güter das vollständige Eigenthum derselben erlangt haben, von einer Einsprache des Obereigenthümers gegen die Fähigkeit eines Nachfolgers im Besitze grundrechtbarer Güter keine Rede mehr sein könne. Aber

*) Const. 3. Cod. de jure emph. (4, 66).

auch in den Fällen, wo das getheilte Eigenthum sich auf einen emphyteutischen oder anderen über die Theilung des Eigenthumes abgeschlossenen Vertrag gründet, und die Leistungen des Nutzungseigenthümers, bis die Ablösung erfolgt ist, fortan an den Berechtigten abzustatten sind, wurde es für unbillig und anstößig erkannt, den Berechtigten von jeder, in der Person des (ehemaligen) Nutzungseigenthümers vorgehenden Veränderung zu verständigen, und als genügend erklärt, wenn jene Behörden, welche bei der Durchführung des Grundentlastungsgeschäftes betheiligt sind, in die Kenntniß von derlei Veränderungen gelangen.

2) Für die Zukunft dürfte es zwar nicht unstatthaft sein, bei Eigenthumstheilungen sich das Recht des Vorkaufes oder der Einwilligung zur Veräußerung des Nutzungseigenthumes vorzubehalten*); doch kämen auf derlei Vorbehalte sohin die §§. 1072—1079, wenigstens im Wege der Analogie, anzuwenden.

§. 1142.

Die Abgabe, welche der Obereigenthümer zuweilen von einem neuen Nutzungseigenthümer zu fordern hat, heißt, wenn die Veränderung bei Lebzeiten geschieht, Lehenwaare (Laudemium); geschieht sie aber von Todeswegen, Sterbelehen. Beide werden auch Veränderungsgebühren genannt. Ob und wie diese Rechte gegründet seien, entscheidet die Landesverfassung, die öffentlichen Bücher und Urkunden, oder ein dreißigjähriger ruhiger Besitz.

1) Nach römischem Rechte konnte der Eigenthümer von dem Emphyteuten bei jeder sowohl nothwendigen als freiwilligen Veräußerung für seine Zustimmung ein s. g. Laudemium, und zwar im Zweifel $^1/_{50}$ (daher Quinquagesima) des bedungenen Kaufpreises oder des wahren Werthes der Sache verlangen. Unabhängig hiervon entwickelte sich auch im deutschen Rechte die Sitte, bei Verkäufen von Liegenschaften an den Grundherrn eine Abgabe zu bezahlen, die theils für den Schutz des Herrn, theils als Ehrschatz zur Anerkennung seines Obereigenthumes, theils da, wo das Recht auf Erblichkeit noch nicht allgemein anerkannt war, für die Verleihung des Gutes an dritte, in der ursprünglichen Belehnung nicht enthaltene Personen entrichtet wurde**); und die verschiedenartigsten Namen (Handlohn, Anlait, Anstandsgeld, Freigeld, Willengeld u. s. w.) erhielt. Besonders war es die Nachbildung des Lehensrechtes, welche diese Abgabe immer mehr und mehr verbreitete. Auch in Oesterreich war sie vielfach in den Landesverfassungen der einzelnen Provinzen begründet***). Durch die Grundentlastungsvorschriften sind auch die in Frage stehenden Veränderungsgebühren, und zwar

*) Vgl. Kobelka, a. a. O. S. 313.

**) Mittermaier a. a. O. §. 495.

***) Kremer, (Dr. Jos. Edl. v.). Die Veränderungsgebühren (Freigeld) in Oesterreich ob der Enns. Wien, 1828. — Felber (Dr.): Von dem im

gegen Entschädigung aufgehoben worden, welche nach Abzug der Steuer, die von dem Bezuge dieser Gebühr zu entrichten war, der Auslagen der Grundbuchsführung und desjenigen Theiles der Ausgaben für die Gerichtspflege und für die politische Verwaltung, der durch die Einnahmen der Herrschaften an Taxen und Jurisdictionsgebühren nicht gedeckt wurde, endlich nach Abzug aller anderen Gegenleistungen auf Grundlage eines dreißigjährigen Durchschnittes ermittelt wurde, und aus dem Staatsschatze vorläufig mittelst einer Rente geleistet wird. Doch beziehen sich diese Verfügungen nur auf jene Veränderungsgebühren, die sich nicht auf emphyteutische Verträge zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer, sondern auf die Landesverfassung, das Gesetz oder das Unterthansverhältniß gründen. Die Art und Weise, wie die auf emphyteutische Verträge gegründeten Veränderungsgebühren abzulösen kommen, wurde besonderen Bestimmungen vorbehalten, die bisher noch nicht erflossen sind.

2) Die Frage, ob die Entrichtung eines Laudemiums bei künftig vorkommenden Theilungen des Eigenthumes bedungen werden könne, scheint, wenn man solche Eigenthumstheilungen überhaupt für zuläßig erkennt, nicht anders als bejaht werden zu können, da nirgends ein ausdrückliches Verbot entgegensteht *), nur dürfte aus den schon oben entwickelten Gründen, diese Abgabe nicht als eine, für alle Zeiten unablösbare erscheinen.

§. 1143.

Dem Nutzungseigenthümer gebühret auch ein verhältnißmäßiger Theil von einem gefundenen Schatze (§. 399). Er ist sogar befugt, die Substanz zu verringern, wenn er dem Obereigenthümer beweisen kann, daß die Benutzung des Grundes sonst nicht stattfinde (§. 1129).

2) in Rücksicht eines Schatzes und der Verminderung der Substanz;

1) Dem Nutzungseigenthümer kommt nebst dem Rechte auf die Benützung der Sache nach §. 357 auch ein Antheil an dem Rechte auf die Substanz derselben zu; es gebührt ihm deßhalb, wie schon im §. 399

Herzogthume Salzburg bestehenden Anlait- und Laudemialrechte (im Jurist. Bd. 9, S. 268 und 434). — Wanggo (Caj.): Versuch einer Abhandlung von dem Bezuge der Laudemien in den deutschen Erbländern der österreichischen Monarchie. Grätz, 1815.

*) Wir können daher der Ansicht Kabelka's (a. a. O. S. 311) nicht beipflichten, wenn er behauptet, daß die Stipulirung eines Laudemiums für die Zukunft ausgeschlossen sei. Wir sehen einmal nicht ein, welch' schädlichen Einfluß die „Ehrerbietung" des Erbpächters gegen den Obereigenthümer auf die Bewirthschaftung des Bodens äußern soll. Der §. 67 des Ablösungsgesetzes vom 27. Juni 1849 ist hier offenbar nicht anwendbar, da er von „ohne Entschädigung entfallenen Leistungen" spricht, während für die Laudemien allerdings eine Entschädigung zuerkannt wurde. Endlich ist nicht abzusehen, „wie alle Beschränkungen des Nutzeigenthumes, die bloß die Anerkennung des Obereigenthums bezwecken", für die Zukunft verboten sein sollen, wenn man überhaupt die Theilung des Eigenthums in ein Nutz- und Obereigenthum zuläßt. Hierin scheint uns ein nicht zu beseitigender Widerspruch zu liegen.

angeordnet wurde, auch ein verhältnißmäßiger Theil von einem gefundenen Schatze, und zwar die Hälfte jenes Antheiles, welcher dem Grundeigenthümer als solchen zufällt (s. Bd. 1, S. 780 d. W.).

2) Die Verringerung der Substanz ist zwar im Allgemeinen nach §. 1129 ausgeschlossen; wenn sie aber zur Erhaltung des Ganzen nothwendig wäre (z. B. bei der Anlegung eines Vorwerkes gegen Ueberschwemmungen), so muß sich der Obereigenthümer dieselbe im eigenen Interesse gefallen lassen, nur müßte aber die Nothwendigkeit eines solchen Vorganges im Zweifel dargethan werden; daher es, wie schon Zeiller bemerkt, allerdings für den Nutzungseigenthümer räthlich ist, sich, wofern nicht Gefahr auf dem Verzuge haftet, vorläufig mit dem Obereigenthümer in's Einvernehmen zu setzen.

§. 1144.

3) der Lasten;

Der Nutzungseigenthümer trägt alle ordentliche und außerordentliche, dem Gute anklebende Lasten; er entrichtet die Steuern, Zehenten und andere besonders vorgemerkte Abgaben. Für Lasten, die den Zins betreffen, haftet der Obereigenthümer.

1) Sowohl nach römischem als nach deutschem Rechte hatte der Nutzungseigenthümer (Emphyteut) alle auf dem Gute haftenden, öffentlichen sowohl als Privatlasten zu tragen, und diese Bestimmung ist auch in unser b. G. B. übergegangen. Dagegen ist er für Schulden oder Hypothekarlasten des Obereigenthümers nicht verantwortlich *).

2) für das lombardisch-venetianische Königreich hatte das Decret der italienischen Regierung vom 17. April 1811 die Verfügung getroffen, daß der Emphyteute abgesehen von einer besonderen entgegenstehenden Verabredung alle von dem Erbzinsgute zu entrichtenden Steuern zu tragen habe, dafür aber den fünften Theil des Canons in Abzug bringen könne. Diese Anordnung wurde durch die allerh. Entschl. vom 25. Juni 1825 aufrecht erhalten und erklärt, daß sie sich auf alle Güter erstrecke, die geistlichen, dann die Gemeindegüter und Stiftungsrealitäten nicht ausgenommen, und ohne Unterschied der Höhe des bedungenen Zinses **).

§. 1145.

4) des Gewährbriefes;

Jeder neue Nutzungseigenthümer ist in der Regel verbunden, sich von dem Obereigenthümer einen Beglaubigungsschein oder eine Urkunde des erneuerten Nutzungseigenthumes zu verschaffen.

Die Vorschrift dieses Paragraphen hat durch die Aufhebung des Unterthansverbandes und die Uebertragung der Grundbuchsführung an die landesfürstlichen Gerichte ihre Anwendbarkeit verloren.

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 481.

**) Mattei, Comment. Vol. 4. pag. 498.

§. 1146.

In wiefern die Nutzungseigenthümer gegen die Obereigenthümer noch in anderen Verhältnissen stehen, und welche Rechte und Verbindlichkeiten insbesondere zwischen den Gutsbesitzern und den Gutsunterthanen bestehen, ist aus der Verfassung jeder Provinz und den politischen Vorschriften zu entnehmen. Besondere Verhältnisse zwischen Gutsbesitzern und Unterthanen.

Die Vorschriften über die Auflösung des s. g. nexus subditelae und die damit im Zusammenhange stehende Entlastung des Grundes und Bodens ist schon vielfach erwähnt worden (vgl. insbesondere oben S. 321 d. W.).

§. 1147.

Wer nichts als einen Bodenzins entrichtet, hat nur auf die Benützung der Oberfläche, als: Bäume, Pflanzen und Gebäude, und auf einen Theil des auf derselben gefundenen Schatzes Anspruch. Vergrabene Schätze und andere unterirdische Nutzungen gehören dem Obereigenthümer allein zu. Rechte aus dem Bodenzinse.

1) Der superficies entstand nach römischem Rechte*) dadurch, daß der Grundeigenthümer seinen Bauplatz einem Andern zu dem Zwecke überließ, um darauf ein Gebäude zu errichten, und dieses für immerwährende Zeiten inne zu haben. Dasselbe verblieb dann zwar als Eigenthum dem Grundherrn, aber der superficiarius erhielt das vererbliche und veräußerliche dingliche Recht auf vollständige Benützung der superficies und mußte dafür, bald als Miethgeld eine jährlich wiederkehrende Abgabe (solarium), bald ein für allemal bei der Erwerbung ein bestimmtes Kaufgeld entrichten. In ähnlicher Weise gestaltet sich das Bodenzinsrecht auch nach unserem a. b. G. B. Der Eigenthümer kann nämlich auch die bloße Oberfläche seines Grundes einem Andern zur Benützung überlassen. Dieser erlangt dadurch das Recht, auf derselben zu bauen, zu pflanzen u. dgl., so wie die aufgeführten oder schon vorhandenen Gebäude, Pflanzungen u. dgl. zu benützen und jeden, sowohl ordentlichen als außerordentlichen Ertrag davon zu beziehen. Er ist ferner befugt, sein Recht unter Lebenden oder von Todeswegen auf Andere zu übertragen, die superficies zu verpfänden oder mit Dienstbarkeiten zu belasten, sich im Besitze derselben zu schützen, und sie mit der Eigenthumsklage zu verfolgen. Dagegen ist er von dem Bezuge aller unterirdischen Nutzungen ausgeschlossen, und hat auch keinen Anspruch auf einen im Innern des Grundes aufgefundenen Schatz.

2) Das Bodenzinsrecht ist ein eigenthümliches, von einer Dienstbarkeit wohl zu unterscheidendes Recht, da es nicht, wie persönliche

---

*) Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali ratione ejus est, cujus et solum. fr. 2. in fine. Dig. de superf. (43, 18).

Dienstbarkeiten, auf die Person des Erwerbers eingeschränkt ist, noch, wie die Grunddienstbarkeit, ein dienendes und ein herrschendes Gut voraussetzt.

§. 1148.

Erlöschung des Nutzungseigenthumes.

Was von der Aufhebung des vollständigen Eigenthumes bestimmt worden ist (§. 444), gilt überhaupt auch von dem getheilten.

§. 1149.

Erbpacht- und Erbzinsgüter gehen auf alle Erben über, die nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden sind. Hat der Nutzungseigenthümer keinen rechtmäßigen Nachfolger, so wird das Nutzungseigenthum mit dem Obereigenthume vereiniget. Doch muß der Obereigenthümer, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen will, alle Schulden des Nutzungseigenthümers, die aus einem andern Vermögen nicht getilgt werden können, berichtigen. In wiefern ein Obereigenthümer das heimgefallene Gut an Andere zu überlassen verbunden sei, bestimmen die politischen Verordnungen.

§. 1150.

Durch Zerstörung der Pflanzen, Bäume und Gebäude gehet das Nutzungseigenthum der Oberfläche nicht verloren. So lange noch ein Theil des Grundes bleibt, kann ihn der Besitzer, wenn er anders seinen Zins abführet, mit neuen Pflanzen, Bäumen und Gebäuden besetzen.

1) Das Nutzungseigenthum ist eine Art des Eigenthumes; es treten daher die im §. 444 aufgeführten Erlöschungsarten des Eigenthumes überhaupt (vgl. Bd. 1, S. 846 d. W.) auch bei demselben ein.

In dieser Beziehung hat man zuvörderst gezweifelt, ob der Wille des Nutzungseigenthümers hier auch in soferne entscheidend sei, daß er das Nutzungseigenthum beliebig aufgeben, verlassen könne? Nach römischem Rechte*) scheint dieß allerdings nicht der Fall gewesen zu sein, wiewohl die Rechtslehrer darüber nicht einig sind. Auch nach österreichischem Rechte zweifelt man daran, und zwar weil der §. 1130 den Nutzungseigenthümer verpflichtet, für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge zu tragen, und dem Obereigenthümer im Falle der Vernachlässigung dieser Verpflichtung das Recht der Entziehung (Abmeierung, Abstiftung) als eine besondere Prärogative zuerkennt. Allein jene Verpflichtung trifft den

---

*) Const. 3. Cod. de fund. patr. (11, 61).

Nutzungseigenthümer eben nur so lange, als er sich wirklich im Besitze des nutzbaren Eigenthumes befindet, und Vortheil daraus zieht; der Prärogative des Obereigenthümers wird aber nicht zu nahe getreten, da er ja eben durch die Dereliction des Gutes das freie Verfügungsrecht darüber erlangt. Auch die weitere Berufung auf den §. 1140 und die in demselben ausgesprochene Anmeldungspflicht scheint nicht stichhältig zu sein, denn im Falle der Veräußerung gelangt das Gut an einen anderen Besitzer, dessen Persönlichkeit dem Obereigenthümer vielleicht nicht gleichgiltig ist; im Falle der Verlassung dagegen fällt es seiner freien Disposition anheim; es waltet also zwischen beiden Fällen ein wesentlicher Unterschied ob. Wenn man endlich behauptet, daß nach dem Gesetze kein Compaciscent berechtigt sei, einseitig vom Vertrage abzugehen, so darf man anderseits nicht übersehen, daß sich in dem emphyteutischen Contracte nur der Obereigenthümer verbindlich macht, dem Nutzungseigenthümer das emphyteutische Gut so lange zu belassen, als er den Zins gehörig entrichtet und die übrigen ihm auferlegten Verbindlichkeiten erfüllt, daß dieser dagegen nirgends die Verbindlichkeit übernimmt, fortwährend auf dem Gute zu bleiben, vielmehr scheinen die §§. 362, 363, 483 und 1444 offenbar für das Recht der Dereliction von Seiten des Nutzungseigenthümers zu sprechen*).

2) Hinsichtlich der Uebertragung des Nutzungseigenthumes von einer Person auf die andere kommen die bereits gemachten Bemerkungen zu wiederholen. Insbesondere ist hervorzuheben, daß bei s. g. Bauerngütern die specielle, für dieselben bestehende Erbfolgeordnung (vgl. Bd. 2, S. 630 d. W.) einzutreten habe, und daß die Bestimmungen über den Heimfall der unterthänigen Gründe, so wie über die Pflicht zur Wiederverleihung derselben durch die Aufhebung des Unterthansverbandes ebenfalls unwirksam geworden sind (vgl. Bd. 2, S. 622 d. W.). Für die Zukunft stände dagegen unseres Erachtens nichts im Wege, sich bei der Theilung des Eigenthumes den Heimfall bei dem Aussterben der Familie des Nutzungseigenthümers oder aus sonst bestimmten Anlässen vorzubehalten, mit deren Eintritte sodann eine Consolidation des Ober- und Nutzungseigenthumes in der Person des Obereigenthümers Platz greift. In einem solchen Falle hat der Obereigenthümer nicht nur die der nutzbaren Sache aufgebürdeten, und den öffentlichen Büchern einverleibten Lasten (§§. 1137 und 1138) zu übernehmen, sondern überhaupt alle Schulden des Nutzeigenthümers, in soweit sie aus einem anderen Vermögen desselben nicht getilgt werden können, zu berichtigen; doch stünde ihm allerdings frei, um sich dieser Verbindlichkeit zu entziehen, das Nutzungseigenthum den Gläubigern zu ihrer Befriedigung zu überlassen.

3) In Ansehung der Erlöschung durch das Gesetz und den richterlichen Ausspruch (§. 444) kommt nichts Besonderes zu bemerken. Daß der Untergang der nutzbaren Sache ebenfalls unter die Erlöschungsarten zu zählen sei, kann (nach §. 1447) keinem Zweifel unterliegen; doch dauert

---

*) Vgl. auch die von Mattei (Comment. Vol. 4. pag. 502) angeführte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 18. October 1833, Z. 2719.

das Nutzungseigenthum fort, so lange auch nur ein Theil des Grundes noch vorhanden ist. Insbesondere wird daher auch das Recht des superficiarius durch die Zerstörung der Pflanzungen, Gebäude u. dgl. nicht beirrt, Wohl könnte es aber durch einen Erdfall, oder durch die Veränderung eines Flußbettes u. dgl. verloren gehen.

4) Als eigenthümliche Erlöschungsarten erscheinen die Vernachlässigung des Anbaues (nach §. 1130), die Unfähigkeit des Nutzungseigenthümers, die auf dem Grunde haftenden Lasten zu tragen (ebd.) und die Säumigkeit in der Entrichtung des Erbpachtzinses (§. 1136).

5) Da nach §. 444 das Eigenthum unbeweglicher Sachen nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben wird, so muß dort, wo solche Register bestehen, auch bei der Aufhebung des Nutzungseigenthumes auf diese Bestimmung Rücksicht genommen werden.

Sechsundzwanzigstes Hauptstück.

Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen.

1) Der Ausdruck Dienstleistung kann in einem weiteren und in einem engeren Sinne genommen werden. In der weiteren Bedeutung versteht man überhaupt darunter die Anwendung körperlicher oder geistiger Kräfte zum Vortheile eines Andern. Geschieht dieß gegen eine bestimmte Summe Geldes, so entsteht ein Lohnvertrag (§. 1151); werden Sachen oder Handlungen dafür versprochen, so ist der Vertrag ein ungenannter (§. 1173), der aber auch nach den in diesem Hauptstücke aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen kommt.

2) Die Dienstleistung kann ferner auf einem vorübergehenden oder auf einem bleibenden Dienstverhältnisse beruhen, dessen insbesondere im §. 1172 Erwähnung geschieht. Endlich wird jene Dienstleistung, welche in der Vervielfältigung eines Geistesproductes besteht, als Verlagsvertrag (§. 1164) einer abgesonderten Behandlung unterzogen.

§. 1151.

1. Lohnvertrag.

Wenn Jemand sich zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes gegen einen gewissen Lohn im Gelde verpflichtet, so entstehet ein Lohnvertrag.

§. 1152.

Stillschweigender Lohnvertrag.

So bald Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellet, so wird auch angenommen, daß er in einen angemessenen Lohn

eingewilligt habe. Ist der Lohn weder durch die Verabredung noch durch ein Gesetz festgesetzet, so bestimmt ihn der Richter.

1) Bei dem Lohnvertrage können die geistigen oder körperlichen Kräfte des Einen Paciscenten unmittelbar dazu verwendet werden, die Zwecke des Anderen zu fördern (locatio conductio operarum), und dann ist der zu leistende Dienst (die Dienstleistung im engeren Sinne) zunächst Gegenstand des Vertrages*); — oder es kann dieß mittelbar geschehen, indem die Anwendung der Kräfte zur Verfertigung eines Werkes (locatio conductio operis) erfolgt, welches dann den eigentlichen Vertragsgegenstand ausmacht**).

2) Zum Wesen des Lohnvertrages gehört die Leistung eines Entgeltes, des Lohnes, und zwar im Gelde. Diese Leistung kann ausdrücklich oder stillschweigend (§. 863) festgesetzt werden. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellt, d. h. einem Andern den Auftrag dazu gibt, da nicht anzunehmen ist, daß dieser unentgeltlich seine Kräfte zur Förderung fremder Zwecke verwenden werde (§. 915). Zweifelhafter ist die Sache, wenn der eine Theil ohne vorausgegangene Aufforderung seine Dienste leistet, und der Andere diese Leistung annimmt; Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 4, S. 370) meint, daß auch hier die Einwilligung des Annehmenden in eine entsprechende Gegenleistung zu vermuthen sei, wogegen sich Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 405) verneinend ausspricht. Uns scheint, daß sich diese Frage gar nicht allgemein beantworten lasse, sondern auf die in jedem einzelnen Falle obwaltenden Umstände und Verhältnisse nach der Weisung des §. 863 Rücksicht zu nehmen sei.

3) Das Maß des zu verabreichenden Lohnes ist manchmal im Gesetze bestimmt, wie z. B. die Notariatsgebühren (s. d. Not. Ordn. vom 21. Mai 1855, Nr. 94 des R. G. Bl. §§. 109—119 und den beigegebenen Tarif); die Sensarie oder Mäklergebühren (§. 10 der Waaren-Sensalen-Ordg. vom 8. April 1842, Nr. 606 d. J. G. S.; — Finanz-Minist.-Erl. vom 16. October 1856, Nr. 197 des R. G. Bl., über die Gebühren der von den k. k. Sensalen und von den Agenten der Wiener Börse vermittelten Geschäfte; — Gub.-Erl. vom 3. October 1816 über die Gebühren der Wechselagenten oder patentirten Sensalen im lombardisch-venetianischen Königreiche), u. a. m. Ist dieß nicht der Fall, so hat der Richter den Lohn zu bestimmen, und dabei den etwa bestehenden Marktpreis der fraglichen Dienstleistung (wie bei Taglöhnern, Maurern u. dgl.) zur Richtschnur zu nehmen, oder wenn die Beurtheilung besondere Fachkenntnisse fordert, Sachverständige beizuziehen, oder endlich, wenn auch dieß nicht ausführbar wäre, weil z. B. das gelieferte Werk nicht mehr vorhanden ist, einem Schätzungseide der Partei nach den Vorschriften der Gerichtsordnungen Raum zu geben.

---

*) At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit. fr. 5. §. 2. Dig. de præscr. verb. (19, 5).

**) Locavi opus faciendum ita ut pro opere redemtori certam mercedem in dies singulos darem etc. fr. 51. §. 1. Dig. loc. cond. (19, 2).

§. 1153.

Rechte aus dem Lohnvertrage.

Bei wesentlichen Mängeln, die das Werk zum Gebrauche untüchtig machen, oder der ausdrücklichen Bedingung zuwider laufen, ist der Besteller berechtiget, von dem Vertrage abzugehen. Will er dieses nicht, oder sind die Mängel weder wesentlich, noch gegen die ausdrückliche Bedingung; so kann er entweder die Verbesserung, oder eine angemessene Schadloshaltung fordern, und zu dem Ende einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes zurückhalten.

1) Aus dem Lohnvertrage entsteht für den Besteller das Recht, die Leistung der bestellten Arbeit, oder des bestellten Werkes zu verlangen, wogegen dem Bestellten die Befugniß erwächst, den bedungenen Lohn zu fordern. Würde die Bestellung nicht in der bedungenen oder sich von selbst verstehenden Weise effectuirt, so käme zu unterscheiden, ob der Mangel ein wesentlicher ist, d. h. entweder der ausdrücklichen Verabredung zuwiderläuft, oder die Erreichung des beabsichtigten Zweckes unmöglich macht, oder ob er nur als ein außerwesentlicher erscheint. Im ersten Falle räumt das Gesetz dem Besteller, als Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des §. 919, das Recht ein, vom Vertrage abzugehen, daher seinerseits die Auszahlung des bedungenen Lohnes zu verweigern, oder den schon entrichteten zurückzufordern (§. 1435). Ueberdieß könnte er, wenn ihm noch ein anderweitiger Schaden zugegangen wäre (z. B. dadurch, daß der von ihm gelieferte Stoff verdorben wurde) nach allgemeinen Grundsätzen (§. 1295) Schadenersatz verlangen.

2) Das Abgehen vom Vertrage ist jedoch dem Besteller nur als ein Befugniß eingeräumt, auf welches er auch verzichten kann. Will er es also bei dem Vertrage bewenden lassen, so steht ihm das Recht zu, die Verbesserung der gelieferten Arbeit oder des geleisteten Dienstes durch den Bestellten selbst oder eine andere dazu geeignete Person zu begehren, und auch hievon kann er abgehen und sich bloß mit dem Ersatze des Schadens begnügen, der ihm durch die schlechte Beschaffenheit der geleisteten Arbeit oder des gelieferten Werkes zugegangen ist. Diese Grundsätze haben auch dann zur Anwendung zu kommen, wenn der Mangel ein außerwesentlicher ist, und daher vom Vertrage nicht abgegangen werden darf.

3) Der Anspruch auf Schadloshaltung wird dem Besteller dadurch gesichert, daß das Gesetz ihm gestattet, einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes so lange zurückzuhalten, bis er mit seiner Forderung befriedigt ist.

4) Die hier entwickelten Grundsätze kommen mit den Bestimmungen über die Gewährleistung (§§. 922—933) nahezu überein; sind aber dennoch nicht als bloße Corollarien der letztern aufzufassen, was namentlich die wichtige Folge nach sich zieht, daß die im §. 933 für die Geltendmachung der Gewährleistung aufgestellten Fristen hier nicht als maßgebend erscheinen*).

---

*) Winiwarter, bürg. Recht Bd. 4, S. 371.

§. 1154.

Wenn der Bestellte aus seiner Schuld das Versprechen in der zur Bedingung gesetzten Zeit nicht erfüllet; so ist der Besteller nicht mehr schuldig, die bestellte Sache anzunehmen; er kann auch für den daraus entstandenen Schaden Ersatz fordern. Zögert aber der Besteller mit der Entrichtung des Lohnes; so ist auch er verbunden, den Bestellten vollkommen zu entschädigen.

1) Die Zeit zur Erfüllung des Lohnvertrages von Seite des Bestellten kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend, durch den angegebenen oder aus der Natur der Sache hervorleuchtenden Zweck der Bestellung (z. B. bei der Anschaffung eines Brautkleides, bei der Aufnahme von Schnittern zur Ernte) festgesetzt werden. Ist weder das Eine noch das Andere der Fall, so kömmt die Vorschrift des §. 904 zur Anwendung. Ueber die Zeit zur Entrichtung des Lohnes ist im §. 1156 das Nähere enthalten.

2) Die bestimmte Zeit der Erfüllung kann nun ebenfalls wieder sowohl ausdrücklich oder stillschweigend zur (auflösenden) Bedingung gemacht werden, so daß der Besteller im Falle ihrer Nichteinhaltung nicht mehr schuldig ist, die bestellte Sache anzunehmen, weil sie ihm nach Ablauf dieser Zeit vielleicht gar keinen oder wenigstens nicht mehr den beabsichtigten Nutzen gewährt. In dieser Beziehung ist es gleichgiltig, ob die Verzögerung in einem Verschulden des Bestellten, oder in einem Zufalle, der sich in seiner Person ereignete (§. 1311), ihren Grund hat, da auch der §. 699 nicht unterscheidet, ob die Erfüllung der Bedingung vom Zufalle oder von der Willkür einer Person abhängig erscheint.

3) Der Besteller kann aber dadurch, daß ihm die bestellte Arbeit nicht zur rechten Zeit geleistet, oder das bestellte Werk nicht zur bestimmten Zeit abgeliefert wird, noch einen anderweitigen Schaden erleiden, und in Rücksicht auf diesen kömmt zu unterscheiden, ob dem Bestellten dießfalls ein Verschulden zur Last fällt oder nicht. Im ersten Falle muß er, schon nach allgemeinen Grundsätzen (§. 1295), Ersatz leisten. Im zweiten Falle trifft ihn diese Pflicht keineswegs; doch kann er auch unter dieser Voraussetzung den Besteller nicht zwingen, die verspätete Leistung anzunehmen, und dafür den bedungenen Lohn begehren (s. oben Z. 2).

4) Eine frühere Leistung, als zur ausdrücklich festgesetzten Zeit ist der Besteller anzunehmen ebenfalls nicht verpflichtet (§. 1413); sollte er jedoch ohne hinreichenden Grund die Uebernahme des gelieferten Werkes verweigern, so stünde dem Bestellten bevor, die zu leistende Sache bei Gericht zu hinterlegen, oder die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen (§. 1425).

§. 1155.

Auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, gebühret der bestellten Person eine angemessene Entschädigung, wenn sie das Geschäft zu verrichten bereit war, und von dem Besteller durch Schuld oder einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, daran verhindert oder überhaupt durch Zeitverlust verkürzet worden ist.

1) Abgesehen von den eben erörterten Fällen darf der Besteller nicht einseitig vom Vertrage abgehen (§§. 919 und 1160); da aber der Bestellte bei der Eingehung des Lohnverhältnisses nicht eigentlich die Leistung der bedungenen Arbeit selbst bezweckt, sondern nur den Bezug des bestimmten Lohnes, oder des aus der Verfertigung des Werkes für ihn hervorgehenden Gewinnes *), so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Besteller die verabredete Leistung nicht aufgedrungen werden darf, sondern daß er davon abgehen kann, wenn er nur dem Bestellten seinerseits dasjenige leistet, wozu er sich verbindlich gemacht.

2) Liegt der Grund der Nichtleistung der Arbeit nicht in dem freien Willen des Bestellers (s. oben Z. 1), sondern in einem Verschulden desselben, oder in einem Zufalle, der sich in seiner Person ereignet hat (z. B. in einer Krankheit, die ihm zugestoßen ist), so gebührt dem Bestellten eine angemessene Entschädigung, bei deren Ausmittelung vorzüglich auch darauf gesehen werden müßte, ob letzterer im Stande war, seine Dienste anderweitig zu verwerthen **).

3) Das Gesetz schweigt von dem Falle, da die Leistung der Arbeit oder die Zustandebringung des Werkes durch einen Zufall, der sich aber nicht in der Person, sondern in dem Vermögen des Bestellers ereignete (indem z. B. die Fabrik, für welche Jemand Arbeiter bestellt hatte, durch eine Feuersbrunst eingeäschert wurde), vereitelt worden ist. Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 497) meint, daß in diesem Falle, da der §. 1155 eben nur eines in der Person des Bestellers eingetretenen Zufalles erwähnt, dem Bestellten keine Entschädigung gebühre. Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 414) ist dagegen der Ansicht, daß er eine solche anzusprechen allerdings berechtigt sei, und diese Meinung scheint auch uns die richtigere zu sein, da sie mit dem allgemeinen Principe des §. 1311 im Einklange steht***), und durch die Textirung des §. 1155 wohl nur darauf hingedeutet

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 413.

**) Quum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imperator Antonius cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: *Quum per te non stetisse proponas quo minus locatas operas Antonio Aquilæ solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri æquum est.* fr. 19. §. 9. Dig. loc. cond. (19, 2).

***) Auch das römische Recht unterscheidet nicht, sondern es heißt z. B. im fr. 38. pr. Dig. l. c. ganz allgemein: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestaret.

werden wollte, daß sich der Zufall nicht „auf Seite des Bestellten" ereignet haben dürfe.

4) Was von dem Falle gilt, da die bestellten Dienste oder Arbeiten gar nicht verrichtet werden konnten, hat auch dann Anwendung zu erleiden, wenn bloß eine Verzögerung stattgefunden hat, die in dem Verschulden oder in einem von Seite des Bestellers eingetretenen Zufalle ihren Grund hat, wie wenn z. B. ein Miethkutscher durch eine dem Reisenden zugestoßene Krankheit längere Zeit auf der Reise zubringen mußte, als ursprünglich verabredet war*).

§. 1156.

In der Regel gebühret der Lohn nach vollbrachter Arbeit. Wird aber die Arbeit in gewissen Abtheilungen der Zeit oder des Werkes verrichtet; oder sind Auslagen damit verbunden, die der Bestellte nicht auf sich genommen hat; so ist dieser befugt, einen mit der Dienstleistung oder dem Werke verhältnißmäßigen Theil des Lohnes und den Ersatz der gemachten Auslagen vor vollendetem Werke oder gänzlich verrichteter Arbeit zu fordern.

1) Daß der Lohn im Allgemeinen erst nach vollbrachter Arbeit, oder vollständig geliefertem Werke verlangt werden könne, hat seinen Grund schon darin — weil der Besteller in der Regel erst dann zu beurtheilen im Stande ist, ob die gelieferte Arbeit (das zu Stande gebrachte Werk) nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, in welchem Falle er, wie schon bei §. 1153 gezeigt wurde, vom Vertrage ganz abgehen kann, daher einen Lohn zu entrichten gar nicht verpflichtet ist.

2) Eine Ausnahme findet bei solchen Diensten oder Arbeiten statt, die nach bestimmten Abtheilungen (z. B. tagweise oder nach Klaftern u. dgl.) geleistet werden, weil es hier mindestens unbillig wäre, wenn der Arbeiter bis zur gänzlichen Vollendung des Werkes auf seine Entlohnung warten müßte.

3) Sind Auslagen mit der Verrichtung der Arbeit verbunden, die der Bestellte nicht dem Vertrage gemäß aus Eigenem zu bestreiten hat, so müssen auch diese ihm, und zwar vor vollendetem Werke, oder gänzlich verrichteter Arbeit, vergütet werden. Dagegen ist er im Allgemeinen einen Vorschuß, gleich dem Bevollmächtigten (nach §. 1014), zu fordern nicht berechtigt, da er sich nicht bloß zur Verwendung seiner Kräfte, sondern zur Lieferung eines bestimmten Werkes, folglich auch zur einstweiligen Bestreitung des hierzu nothwendigen Aufwandes verpflichtet hat.

4) Zögert der Besteller mit der Entrichtung des bedungenen Lohnes, so ist auch er (nach dem Schlußsatze des §. 1154) verbunden, den Bestellten vollkommen zu entschädigen, daher nicht bloß die im

*) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 498.

§. 1333 festgesetzten Zögerungszinsen zu leisten, zumal sonst auch die Anordnung des erwähnten §. 1154 sich als ganz überflüssig darstellen würde.

§. 1157.

Wenn durch einen bloßen Zufall der zur Verfertigung eines Werkes vorbereitete Stoff, oder das Werk selbst ganz oder zum Theile zu Grunde geht; so trägt der Eigenthümer des Stoffes oder des Werkes den Schaden. Hat aber der Besteller einen zur zweckmäßigen Bearbeitung offenbar untauglichen Stoff geliefert; so ist der Arbeiter, wenn die Arbeit aus diesem Grunde mangelhaft ausfällt, und er den Besteller nicht gewarnet hat, für den Schaden verantwortlich.

1) Wenn der zur Verfertigung eines Werkes vorbereitete Stoff (z. B. das Tuch zu einem Kleide) oder das Werk selbst (z. B. eine bereits ausgearbeitete Statue) zu Grunde geht, so ist darauf zu sehen, ob einem oder dem andern Theile dießfalls ein, wenn auch entferntes Verschulden zur Last fällt, wofür derselbe schon nach allgemeinen Grundsätzen zu haften hat. Dieß gilt auch in dem Falle, wenn eine Verzögerung einerseits in der Ablieferung des Werkes, oder anderseits in der Uebernahme desselben den Untergang bewirkte, der die Sache sonst nicht getroffen hätte.

2) Wurde dagegen die Vernichtung des Stoffes oder des daraus bereits verfertigten Werkes durch einen bloßen Zufall herbeigeführt, so kömmt im Allgemeinen der schon oft erwähnte Grundsatz des §. 1311 zur Anwendung. Es ist demnach darauf zu sehen, wem das Eigenthum des zu Grunde gegangenen Stoffes oder Werkes gebühre.

3) Hat der Besteller den Stoff geliefert, so ist er als Eigenthümer desselben genöthigt, den Schaden zu tragen. Hiervon findet nur dann eine Ausnahme statt, wenn der Grund der Mangelhaftigkeit der Arbeit in der schlechten Beschaffenheit des Stoffes liegt, diese dem Arbeiter bekannt war, oder bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit hätte bekannt sein müssen, und er den Besteller nicht darauf aufmerksam gemacht (gewarnt) hat. Hätte er dagegen das Letztere gethan, und der Besteller wäre dessen ungeachtet auf der Verarbeitung des untauglichen Stoffes bestanden, so hat sich Letzterer die Folgen seines Eigensinnes allein zuzuschreiben. In Anwendung dieser Vorschriften wurde bezüglich der ärarischen Bauten, bei denen die Lieferung des Materials abgesondert von der Bearbeitung desselben gepachtet werden kann, über die Frage: ob in dem Falle, wenn wegen des nicht in der gehörigen Güte gelieferten Materiales ein Bau im Ganzen oder an irgend einem Theile schadhaft würde, der das Materiale verbrauchende Arbeiter, oder etwa der Lieferant dafür zu haften und den Schaden zu ersetzen habe, mit Hfkzld. vom 28. April 1820 (pol. G. S. Bd. 48, S. 104) entschieden, daß nur der Pächter der Verarbeitung des Materials dem Aerar für allen, an dem von ihm ausgeführten Baue

sowohl wegen der schlechten Arbeit, als auch der schlechten Qualität des dazu verwendeten Materiales entstehenden Schaden verantwortlich sei, da es ihm zustehe, die nicht in contractmäßiger, guter Qualität gelieferten Materialien dem Lieferanten auszustoßen. — Diese Vorschrift hat nach dem Hfkzld. vom 6. Juli 1820 (pol. G. S. Bd. 48, S. 158) auf alle, unter dem Einflusse der Staatsverwaltung vorzunehmenden Bauführungen Anwendung.

4) Liefert der Arbeiter den Stoff, so ist der Gegenstand der Leistung nicht die bloße Arbeit, sondern das bestellte Werk; dieses geht aber erst durch die Uebergabe in das Eigenthum des Bestellers über (§. 425); so lange diese nicht erfolgt ist, bleibt der Bestellte Eigenthümer sowohl des zur Verfertigung eines Werkes vorbereiteten Stoffes, als des Werkes selbst, hat also den in seinem Vermögen sich ereignenden Zufall zu tragen (§. 1311).

5) Die bisherigen Bestimmungen gelten nur von dem, durch einen bloßen Zufall herbeigeführten Schaden; hinsichtlich schuldbarer Beschädigungen haben die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung zu kommen.

§. 1158.

Im Zweifel, ob die Bestellung einer Arbeit für einen Kauf- oder für einen Lohnvertrag zu halten sei, wird vermuthet, daß derjenige, der den Stoff dazu liefert, den Arbeiter bestellet habe. Hat aber der Arbeiter den Stoff geliefert; so wird ein Kauf vermuthet. Wann die Bestellung in einen Kaufvertrag übergehe*).

1) Die Lieferung eines Werkes gegen eine bestimmte Summe Geldes kann, wie Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 422) richtig bemerkt, sowohl die Folge eines Kauf- als eines Lohnvertrages sein, da nun aber beide nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden müssen, so ist es wichtig, im einzelnen Falle zu entscheiden, welcher der genannten Verträge vorhanden sei? Das Gesetz stellt nun in dieser Beziehung eine rechtliche Vermuthung auf, welche dann in Anwendung zu bringen ist, wenn die Parteien sich über die Natur des von ihnen abgeschlossenen Geschäftes nicht deutlich genug erklärt haben. Dieses ist nämlich als ein Lohnvertrag anzusehen, wenn der Besteller des Werkes den Stoff dazu geliefert hat; es wird jedoch als ein Kauf betrachtet, wenn der Arbeiter auch den Stoff dazu hergibt, wenn folglich das vollendete Werk selbst den eigentlichen Gegenstand des Vertrages bildet.

2) Eine Ausnahme hiervon dürfte dann Platz greifen, wenn entweder der Stoff in Vergleichung mit der darauf verwendeten Arbeit gänzlich unbedeutend erscheint (z. B. die Leinwand im Vergleiche mit einem darauf angefertigten werthvollen Gemälde) oder wenn der Besteller den Stoff, den

*) Die Randglosse sagt, — wohl unrichtig — die Bestellung gehe in einen Kauf über. Vgl. Nippel a. a. O.

der Arbeiter liefern soll, ausgewählt hat, weil er dadurch (nach §. 428) in das Eigenthum des Bestellers übergeht, und es daher gerade so viel ist, als wenn er ihn selbst geliefert hätte; vorausgesetzt, daß durch die Auswahl der Stoff wirklich individualisirt wurde, indem man z. B. dem Juweliere die Steine (nicht bloß die Gattung von Steinen) bezeichnete, aus dem man ein Geschmeide angefertiget wünscht.

§. 1159.

Wenn mit dem Lohnvertrage noch andere Nebenverträge verbunden werden, so müssen die jedem derselben angemessenen gesetzlichen Vorschriften beobachtet werden.

Die mit einem Lohnvertrage verbundenen Nebengeschäfte (z. B. ein Darleihen, in Folge dessen Geld zum Ankaufe des Materiales vorgeschossen wird, oder eine Bevollmächtigung behufs der Obsorge über ein vollendetes Gebäude u. dgl., so wie die etwa beigefügten Nebenbestimmungen eines Angeldes, Reugeldes u. dgl. sind nach den eigenthümlichen, dafür aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen.

§. 1160.

Erlöschung des Lohnvertrages.

Arbeiter, welche auf eine bestimmte Zeit oder bis zur Vollendung eines gewissen Werkes bestellet worden sind, können ohne rechtmäßigen Grund vor verlaufener Zeit und vor vollendetem Werke weder die Arbeit aufgeben, noch verabschiedet werden. Wird die Arbeit unterbrochen, so verantwortet jeder Theil sein Verschulden, aber keiner den Zufall.

1) Der Lohnvertrag erlischt wie jeder Vertrag (§. 1449) durch den Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend dafür bestimmten Zeit. Vor Verlauf derselben und vor Vollendung des bedungenen Werkes ist kein Theil berechtiget, eigenmächtig, ohne rechtmäßigen Grund vom Vertrage abzugehen. Der Arbeiter könnte also, selbst durch Zwangsmittel, zur Fortsetzung der Arbeit verhalten werden, und hätte nebstbei den aus seiner Zögerung etwa entstandenen Schaden zu ersetzen; der Besteller aber muß, wie schon oben S. 342 bemerkt wurde, dem Bestellten alle Vortheile gewähren, welche er aus der Leistung der Arbeit erlangt haben würde, wenn er ihm auch diese erlassen hat.

2) Als rechtmäßige Gründe, den Vertrag vor der Zeit aufzuheben, können, wie schon Nippel (Erläut. Bd. 7. S. 425) bemerkt hat, wohl nur solche angesehen werden, die es dem einen oder dem andern Theile physisch oder rechtlich unmöglich machen, ihre eingegangene Verbindlichkeit zu erfüllen, wie z. B. eine Erkrankung des Arbeiters, oder ein Verbot der Behörde, das angefangene Werk fortzusetzen.

3) Wenn nun aber auch in einem solchen Falle die Arbeit unterbrochen werden muß, so folgt daraus noch nicht, daß kein Theil auf Ver-

gütung des hieraus für ihn entstehenden Schadens Anspruch machen könne. Hiebei ist vielmehr zu unterscheiden, ob die Unterbrechung durch einen bloßen Zufall, oder durch das Verschulden des einen oder des andern Paciscenten herbeigeführt werde. Einen bloßen Zufall hat nach dem Schlußsatze des §. 1170 Niemand zu verantworten, d. h. kein Theil ist dem andern deshalb zum Schadenersatze verpflichtet; wohl aber hat jeder Theil die Folgen des Zufalles zu tragen (§. 1311), also der Besteller die Folge, daß er das Werk unvollendet lassen, oder sich um einen andern Arbeiter umsehen muß; den Bestellten dagegen trifft der Nachtheil, daß er keinen weitern Lohn in Anspruch zu nehmen berechtiget erscheint. Wurde die Unterbrechung von der einen oder der andern Seite durch Verschulden herbeigeführt, so hat, schon nach allgemeinen Grundsätzen, der Schuldtragende dem Beschädigten Ersatz zu leisten.

4) Für die, vor der stattgefundenen Unterbrechung bereits zu Stande gekommene Arbeiten oder geleisteten Dienste scheint nach der Analogie des §. 1162 dem Arbeiter ein entsprechender Theil des Lohnes zu gebühren *).

§. 1161.

Nur in dringenden Umständen kann der bestellte Arbeiter oder Werkmeister das ihm aufgetragene Geschäft einem Anderen anvertrauen, und selbst in diesem Falle haftet er für ein Verschulden in der Auswahl der Person.

1) Der Bestellte ist im Allgemeinen verpflichtet, die übernommenen Dienste selbst zu leisten, die Arbeit, zu der er sich anheischig gemacht, selbst zu verrichten, weil meistentheils bei der Abschließung des Vertrages auf seine persönliche Fähigkeit (auf seine Geschicklichkeit, Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit) Rücksicht genommen wurde. Er darf daher das ihm aufgetragene Geschäft keinem Andern anvertrauen, und wenn er an der Fortführung desselben gehindert wurde (s. den vorhergehenden Paragraph), ist er nur verpflichtet, dem Besteller schleunigst hievon die Anzeige zu machen, damit dieser für einen Stellvertreter sorge.

2) Nur wenn dringende Umstände verhanden sind, d. h. wenn mit der Unterbrechung des Dienstes oder der Arbeit eine Gefahr vorhanden wäre, wie dieß z. B. bei Bauführungen leicht der Fall sein kann, ist der Bestellte nicht nur berechtigt, — wie der §. 1161 zunächst andeutet, — sondern (wie aus dem Begriffe des Lohn-Vertrages hervorzugehen scheint) sogar verpflichtet, selbst für die Herbeischaffung eines Stellvertreters zu sorgen. In diesem Falle haftet er — im Einklange mit den Bestimmungen des §. 1010 — für ein in der Auswahl dieses Substituten begangenes Verschulden. Kann

*) Vergl. Nippel, a. a. O. S. 426 nur scheint uns nicht richtig, wenn er die Verabreichung eines Theiles des Lohnes als eine Schadloshaltung bezeichnet, ja selbst der Ersatz der von dem Arbeiter etwa bestrittenen baren Auslagen ist nach unserer Meinung kein Schadenersatz.

ihm aber ein solches nicht zur Last gelegt werden, so hat er auch den Schaden, den dieser etwa dem Besteller zufügte, nicht zu verantworten (§. 1313).

2) Die nämlichen Grundsätze, welche unter den Z. 1 und 2 entwickelt worden sind, müssen auch, einer offenbaren Anologie zu Folge, rücksichtlich der Verwendung von Hilfsarbeitern (Gesellen, Lehrjungen u. dgl.) gelten.

4) War dagegen die Ermächtigung zur Bestellung eines Substituten oder zur Aufnahme von Gehilfen ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. nach der Natur der übernommenen Arbeiten, wie bei Baulichkeiten u. dgl.) ertheilt worden, so trifft den Bestellten nur die Folge eines Verschuldens in der Auswahl der von ihm verwendeten Personen.

§. 1162.

Ein Lohnvertrag über Arbeiten, bei denen auf die besondere Geschicklichkeit der Person Rücksicht genommen zu werden pflegt, wird durch den Tod des Arbeiters aufgehoben, und die Erben können nur den Preis des zubereiteten bauchbaren Stoffes und einen dem Werthe der geleisteten Arbeiten angemessenen Theil des Lohnes fordern. Stirbt der Besteller einer Arbeit; so müssen seine Erben den Vertrag fortsetzen, oder den Bestellten schadlos halten.

1) Nachdem gerade der vorhergehende Paragraph wenigstens implicite den Grundsatz aufgestellt hat, daß der Bestellte (in der Regel) verpflichtet ist, das ihm aufgetragene Geschäft selbst zu verrichten, so folgt hieraus mit natürlicher Consequenz, daß im Allgemeinen jeder Lohnvertrag durch den Tod des Bestellten erlischt, und daß daher die Erben desselben nicht berechtiget sind, auf eine Fortsetzung des Vertrages zu dringen, mithin das angefangene Werk selbst zu vollenden oder durch einen Andern vollenden zu lassen.

2) Die Folgen dieser Erlöschung haben sie, als einen in der Person des Bestellten eingetretenen Zufall, zu tragen. Das Gesetz räumt ihnen nur das Recht ein, für den zubereiteten, d. h. zur Verwendung für die bestellte Arbeit schon eigens bestimmten Stoff, den sie natürlich dann auch dem Besteller ausliefern müssen, wenn er brauchbar ist, also von einem Dritten zu dem beabsichtigten Zwecke verarbeitet werden kann, — so wie für die bereits geleisteten Arbeiten, wohl ebenfalls nur dann, wenn sie, obschon nicht vollendet, dem Besteller einen Nutzen gewähren, — einen angemessenen Theil des Lohnes zu begehren, der nach dem Verhältnisse der bereits geleisteten und noch zu leistenden Arbeiten zu dem ganzen bedungenen Lohne ermittelt werden müßte.

3) Eine Ausnahme von der eben aufgestellten Regel tritt dann ein, wenn dem Bestellten ausdrücklich das Recht eingeräumt wurde, einen Substituten zu ernennen oder wenn die Arbeiter (wie z. B. gemeine Taglohnarbeiter) von der Art sind, daß dabei auf eine besondere Geschicklichkeit des Arbeiters gar keine Rücksicht genommen wird.

4) Die Person des Bestellers ist in der Regel für den Bestellten ganz gleichgiltig; sein Augenmerk ist nur auf den versprochenen Lohn gerichtet, der ihm auch von den Erben seines Contrahenten ausbezahlt werden kann. Stirbt also der Besteller, so bleibt es bei dem Grundsatze des §. 918, vermöge dessen die aus Verträgen entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben der vertragenden Theile übergehen; sie müssen also entweder den Vertrag fortsetzen, oder, wenn sie von demselben zurücktreten wollen, — weil ihnen die Erfüllung desselben vielleicht nutzlos wäre, — dem Bestellten volle Entschädigung leisten. Auch hierin liegt keine besondere Ausnahme, da, wie bereits oben (S. 342) gezeigt wurde, auch der Besteller selbst berechtiget erscheint, gegen Schadloshaltung des Bestellten von dem Vertrage abzugehen (vergl. §. 1155).

§. 1163.

Ausdehnung dieser Vorschriften auf Rechtsfreunde, Aerzte u. dergl.

Die hier aufgestellten Vorschriften gelten auch von Rechtsfreunden, Aerzten und Wundärzten, Factoren, Provisoren, Künstlern, Lieferanten und anderen Personen, welche sich für ihre Bemühungen einen Gehalt, eine Bestallung, oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen haben, in so fern hierüber keine besonderen Vorschriften bestehen.

1) Häufig sind die Dienste, welche Jemand einem Andern zu leisten sich verbindlich macht, nicht bloß mechanischer Art, sie nehmen nicht bloß die körperlichen, sondern auch die geistigen Kräfte in Anspruch, doch wird hierdurch eigentlich kein wesentlicher Unterschied begründet, es kommen also, in wie fern für die Leistung solcher Dienste nicht etwa besondere (politische) Anordungen bestehen, die eben erörterten Vorschriften zur Anwendung. Der Lohn wird in derartigen Fällen meist mit dem Namen Honorar*), Remuneration, Gehalt, Bestallung u. dgl. bezeichnet.

2) Bei derlei Verhältnissen waltet häufig auch eine Bevollmächtigung ob, wie dieß namentlich z. B. bei den Advocaten der Fall ist. Die hieraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten sind dann nach den Grundsätzen des Bevollmächtigungsvertrages zu beurtheilen.

3) Das Verhältniß der Staatsdiener zum Staate ist ein staatsrechtliches, und wird nicht durch privatrechtliche Vorschriften, sondern durch die dafür erlassenen politischen Anordnungen normirt **).

§. 1164.

2) Verlagsvertrag.

Durch den Vertrag über den Verlag einer Schrift wird jemanden von dem Verfasser das Recht ertheilet, dieselbe durch

---

*) So heißt es schon im fr. 38, §. 1. Dic. loc. cond. (19, 2): Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent; — und ebenso bezeichnet das fr. 1. pr. Dig. si mensor fals. etc. (11, 6) die Belohnung der Feldmesser mit dem Ausdrucke: „honorarium."

**) Vergl. mein „Handbuch der österr. Verwaltungsgesetzkunde." Zweite Aufl. Bd. I. §§. 23—136.

den Druck zu vervielfältigen und abzusetzen. Der Verfasser begibt sich dadurch des Rechtes, das nämliche Werk einem Anderen in Verlag zu überlassen.

1) Die Erfindung der Buchdruckerkunst, und überhaupt die Fortschritte der Technik, welche es möglich machen, literarische und artistische Werke durch mechanische Mittel im ausgedehntesten Maße zu vervielfältigen und zu verbreiten, haben ganz neue Rechtsbeziehungen geschaffen, welche dem Alterthume, insbesondere den römischen Juristen, gänzlich fremd sind, in der neueren Gesetzgebung und Literatur aber, ungeachtet sich beide auf das Lebhafteste mit denselben beschäftigten, noch zu keiner festen Gestaltung gelangt sind. Es handelt sich eben um jene Vervielfältigung und Verbreitung, welche bald als Jedem freistehend betrachtet, bald als ein ausschließliches Recht angesehen wurde, das wieder entweder durch ein Privilegium begründet werden mußte, oder als eine selbstständige Befugniß auftrat, die bald dem Schöpfer des Werkes (dem Autor) als Autorrecht, bald demjenigen, der die Vervielfältigung auf mechanischem Wege veranstaltete (dem Verleger) als Verlagsrecht zuerkannt wurde. Die älteste Form, in welcher das hier in Frage stehende Rechtsinstitut zur Erscheinung kam, war bald nach Faust's und Guttenberg's großartiger Erfindung*) die des Privilegiums, welches anfänglich gemeiniglich den Herausgebern von Druckschriften (den Verlegern), später erst den Schriftstellern selbst verliehen wurde, um ihre Erzeugnisse gegen weiteren Abdruck durch Andere (den sogen. Nachdruck) zu schützen. In Deutschland geschah dieß meistentheils durch Privilegien einzelner Landesherren, kaiserliche Privilegien kamen seltner vor, oder wurden nicht allgemein geachtet, ungeachtet schon Kaiser Rudolf II. in den J. 1579 u. 1580 eine eigene Bücher-Commission zu Frankfurt a. M. eingesetzt hatte, welche im Jahre 1608 eine besondere Instruction erhielt, die später (mit Patent Kaisers Franz I. am 10. Februar 1746) erneuert wurde. Allein bereits am Schlusse des 17. und zu Anfang des 18. Jahrhunderts wurde, zuerst von mehreren Schriftstellern und namentlich Rechtsgelehrten der Versuch gemacht, das Verbot des Nachdruckes aus einem, der Person des Autors oder Verlegers der Natur der Sache nach zustehenden Rechte herzuleiten, so daß das Privilegium nicht zu dessen Begründung, sondern nur zur Erlangung einer rascheren und sicheren Rechtshilfe als nothwendig erschien. Allmählig ging diese Ansicht auch in die Gesetzgebungen über. Abgesehen von der „Ordnung des Rathes zu Nürnberg" vom J. 1623**), war es „vornehmlich das chursächsische Mandat v. 27. Februar 1686, welches das"

*) Vrgl. die sehr fleißig gearbeitete Schrift von Dr. Peter Harum: „Die gegenwärtige österr. Preßgesetzgebung. Systematische Darstellung und Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über das Autorrecht und der Preßpolizeigesetzgebung" mit einer einleitenden Abhandlung über das Autorrecht im Allgemeinen. (Wien 1857) — eine Schrift, welcher wir in dieser Materie überhaupt meistens gefolgt sind, dann den Aufsatz: „Zur Geschichte des literarischen und artistischen Eigenthumes" in der allgem. österr. Ger. Ztg. 1856. Nr. 24—28.

**) Harum, a. a. O. S. 20.

Nachdrucken solcher Bücher, die ein Verleger redlicher Weise von einem Autor an sich gebracht, auch abgesehen von einem besonderen Privilegium dafür bei Strafe der Confiscation und selbst noch schwereren Strafen untersagte, und das Mandat v. 18. December 1773, welches bestimmte, daß alle im Lande gedruckten Werke, seien sie von einem In- oder Ausländer verlegt, nicht nachgedruckt, auch Nachdrucke derselben nicht verbreitet werden dürfen, und zwar bei Strafe der Confiscation, 50 Thaler Geldbuße und Verbindlichkeit zur vollen Schadloshaltung des rechtmäßigen Verlegers *). Bald darauf, nämlich unterm 11. Februar 1775, erfloß auch in Oesterreich die erste allgemeine Vorschrift wider den Büchernachdruck, des Inhalts: daß der den Wissenschaften, den Buchdruckern und dem Handel so schädliche Büchernachdruck der inländischen und einem rechtmäßigen Verleger zugehörigen Auflagen gesetzmäßig bei schwerer, und nach Erscheinung der Umstände zu verschärfender Strafe untersagt sein solle, es wäre denn, daß wegen Abgang der Exemplarien oder wegen des übertriebenen Preises die allerh. Erlaubniß darüber ertheilt würde. Dagegen wurde der Nachdruck ausländischer Bücher, wenn gleich dieselben von einem oder mehreren inländischen Buchdruckern schon nachgedruckt worden waren, oder wenn auch ein österreichischer Unterthan Eigenthümer des in einem fremden Staate aufgelegten Werkes war, als ein freigegebenes „Negotium" angesehen (Hfd. v. 13. Jänner 1785, 7. Februar 1794 und 30. Mai 1795). Die bisher erwähnten Vorschriften galten nur für die nicht ungarischen Kronländer. In diesen selbst hatte eine königl. Vrdg. v. 4. Novemb. 1793 nahezu die nämlichen Grundsätze festgestellt, und ein Gesetz v. 24. Jänner 1794 die Bestimmung getroffen, daß der Nachdruck der in Ungarn gedruckten Bücher auch in den deutschen Erbländern und umgekehrt verboten sei. Die Hfd. v. 15. Februar 1794 und 14. August 1823 enthielten endlich eine Ausdehnung des Nachdrucksverbotes auf Kupferstiche, und das Hfd. v. 14. Juli 1825 auf die die mittlerweile neuerfundene Lithographie. Das allgemeine bürgl. Gesetzbuch berührt, wie sich aus dem Folgenden zeigen wird, nur eine Seite der obwaltenden Rechtsverhältnisse, nämlich das Verhältniß des Autors zum Verleger (den Verlagsvertrag), welcher allerdings ganz füglich in die Lehre von den entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen (§§. 1164—1170) eingeschaltet werden konnte, verwies aber rücksichtlich der Beschränkungen des Nachdruckes im §. 1171 lediglich auf die politischen Vorschriften. In Beziehung auf diesen Gegenstand hatte schon der Art. 18 der deutschen Bundesacte die Zusicherung ertheilt, daß sich die Bundesversammlung bei ihrer ersten Zusammenkunft mit der Abfassung gleichartiger Verfügungen über die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck beschäftigen werden, und der Art. 65 der Schlußacte des Wiener Congresses v. 15. Mai 1820 diese Zusicherung wiederholt. Allein erst durch den Bundesbeschluß v. 6. September 1832 (kundgemacht durch Hfkzld. v. 16. Novemb. 1832 Nr. 2580 der J. G. S.), wurde der

---

*) Pütter, der Büchernachdruck nach echten Grundsätzen des Rechts. Göttingen 1774, S. 190.

Grundsatz festgestellt, daß in den deutschen Bundesstaaten zwischen den eigenen Unterthanen eines Bundesstaates und jenen der übrigen bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und Maßregeln wider den Nachdruck jeder Unterschied gegenseitig und im ganzen Umfange des Bundes in der Art aufgehoben werde, daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates sich in jedem andern Bundesstaate des dort gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen haben. Hierauf folgte der Beschluß v. 2. April 1835, dahin lautend, daß der Nachdruck von allen deutschen Regierungen in ihren Staaten kraft einer Bundespflicht zu verbieten, und das schriftstellerische Eigenthum nach gleichförmigen Grundsätzen festzustellen und zu schützen sei, und der weitere Beschluß v. 5. Novemb. 1835, womit bestimmt wurde, daß die Bundesversammlung selbst sich nur auf die Feststellung einiger Hauptgrundsätze zu beschränken habe, welche bei dem Schutze des schriftstellerischen Eigenthums in den sämmtlichen deutschen Bundesstaaten zur Anwendung zu bringen seien. Diese fand mit dem Bundesbeschlusse v. 9. Novemb. 1837 (kundgem. durch das Hfd. v. 26. November 1840, Nr. 483 der J. G. S.) statt, und zwar dahin, daß das Recht des Autors oder seines Rechtsnachfolgers zur ausschließlichen mechanischen Vervielfältigung seines Werkes anerkannt und für vererblich erklärt wurde, so daß es in sämmtlichen deutschen Bundesstaaten durch mindestens zehn Jahre, vom Jahre des Erscheinens eines Werkes an gerechnet, anerkannt und geschützt werden sollte. Bei Werken, welche besondere Vorauslagen erheischen, sollte diese Schutzfrist bis auf höchstens zwanzig Jahre ausgedehnt werden können. Zugleich wurde ausgesprochen, daß dem durch Nachdruck Verletzten der Anspruch auf volle Entschädigung gebühre, und sowohl gegen den Nachdrucker, als gegen denjenigen, der mit den Erzeugnissen des Nachdruckes Handel treibt, außer den gesetzlichen Strafen in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunst auch noch die Beschlagnahme der zur Nachbildung geeigneten Vorrichtungen (z. B. Platten u. dgl.) verhängt. Im weiteren Verfolge dieser Principien hat der Bundesbeschluß v. 22. April 1841 (kundgem. durch Hfkzd. v. 15. Mai 1841, Nr. 537 der J. G. S.) das ausschließende Recht des Autors eines dramatischen oder musikalischen Werkes zur Aufführung desselben, so lange es noch nicht durch den Druck veröffentlicht ist, durch mindestens zehn Jahre von der ersten rechtmäßigen Aufführung an gerechnet, anerkannt, und einen Anspruch auf Entschädigung im Falle einer stattgefundenen Verletzung desselben für statthaft erklärt. Endlich wurde durch den Bundesbeschluß v. 19. Juni 1845 (kundgem. durch Hfkzd. v. 25. Juli 1845, Nr. 897 der J. G. S.) die Schutzfrist gegen den Nachdruck auf die Zeit der Lebensdauer des Urhebers und auf dreißig Jahre nach seinem Tode ausgedehnt. Auf Grundlage dieser Bestimmungen erfloß sohin anfänglich für die nicht ungarischen Länder Oesterreichs das Pat. v. 19. October 1846, Nr. 992 der J. G. S., welches in dem Militärgrenzgebiete und für die der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Personen durch den Erlaß des Kriegs-Minist. v. 18. August 1849 (Nr. 369 des R. G. Bl.) mit einigen Modificationen bezüglich der Anwendung der strafgesetzlichen Bestimmungen eingeführt, in Krakau, dann in Ungarn, Croatien,

Slavonien, Serbien und dem Temeser Banate (als Nr. 72 des Anh.) und in Siebenbürgen (als Nr. 69 des Anh.) mit dem allgem. bürgerl. Ges. Buche zugleich in Wirksamkeit gesetzt wurde, so daß es gegenwärtig in dem ganzen Umfange der Monarchie in Kraft besteht. Nur die strafrechtlichen Bestimmungen der §§. 25, 26 und 30 sind nunmehr in dem §. 467 des allg. Strafgesetzbuches v. 27. Mai 1852 und in dem Militär-St. G. B. v. 15. Jänner 1855 enthalten, so wie die processualischen Bestimmungen aus der Strf.-Proceß-Ord. v. 29. Juli 1853 zu entnehmen sind *).

2) So anlockend es wäre, hier in eine Erörterung über die verschiedenen Theorien des Autorrechtes einzugehen, wie sie von Breier oder Gundling herab bis auf Eisenlohr und Friedländer in den mannigfaltigsten Formen aufgestellt worden sind, so würde dieß doch die bescheidenen Grenzen dieses Werkes weit überschreiten. Wir müssen uns daher begnügen, dießfalls auf die schon mehrfach angeführte Schrift Harum's und auf die eingehende Anzeige derselben von Dr. J. Jolly in der allg. österr. Ger. Ztg. (1857, Nr. 23—27) zu verweisen, und wollen nur die Begriffsbestimmung dieses Rechts, wie sie in unserem Gesetze sich vorfindet, einer näheren Betrachtung unterziehen, um daraus die einzelnen Verfügungen desselben erläutern zu können.

Das Pat. v. 19. Octob. 1846 kündiget sich nun selbst als ein Gesetz zum Schutze des literarischen und artistischen Eigenthumes gegen unbefugte Veröffentlichung, Nachdruck und Nachbildung an, und stellt im §. 1 den Grundsatz auf, daß die literarischen Erzeugnisse und die Werke der Kunst ein Eigenthum ihres Urhebers (Autors), d. i. desjenigen bilden, welcher sie ursprünglich verfaßt oder verfertiget hat. Dieß ist auch die, in den meisten neueren Gesetzgebungen übliche Ausdrucksweise, gleichwie sie im gemeinen Leben am meisten Verbreitung gewonnen hat. Nichts destoweniger läßt sich nachweisen **), daß nicht nur der Begriff des „Eigenthums" der Natur der Sache nach auf das Recht des Autors unanwendbar sei, sondern daß dieser Begriff selbst in dem österreichischen Gesetze, ungeachtet des dafür sprechenden Wortlautes, dem Autorrechte keineswegs zum Grunde liege.

Unbezweifelt liegt es nämlich in der Willkühr eines jeden Menschen, seine Gedanken entweder für sich zu behalten, oder sie unter irgend einer sinnlich wahrnehmbaren Form (in Wort und Schrift, als Zeichnung oder als Statue u. dgl.) in die Außenwelt treten zu lassen. So lange dieß nicht geschehen ist, kann der (noch unausgesprochene) Gedanke in keiner Weise als ein Object von Rechtsbeziehungen aufgefaßt werden, da er für Andere noch gar nicht existirt, und jede Einwirkung auf denselben daher als unmöglich erscheint. Sobald er aber einmal mitgetheilt wurde,

---

*) Vgl. über dieses Gesetz außer dem schon angeführten Harum'schen Werke den Aufsatz von Dr. Vesque v. Püttlingen: „Oesterreichs Gesetzgebung über literarisches und artistisches Eigenthum," in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgelehrsamkeit 1847. I. S. 89, und Schopf (F. J.). „Das Schutzgesetz gegen Nachdruck und Nachbildung." Prag u. Leitmeritz 1848.

**) S. insbesonders Harum a. a. O. S. 30 und ff.

löst er sich, wie Harum a. a. O. S. 32 sagt, von der Persönlichkeit desjenigen ab, der ihn zuerst erfaßte, er tritt als Manuscript, als Zeichnung, als gedrucktes Exemplar, als Partitur u. dgl. in die Außenwelt; allein nicht um das Eigenthum dieser Gegenstände handelt es sich, sondern um ihren Inhalt; dieser soll gegen unbefugte Vervielfältigung und Verbreitung geschützt werden, wenn gleich das Eigenthum des Manuscriptes oder des gedruckten Exemplares an einen Anderen übergegangen ist. Wie läßt sich aber ein Eigenthum denken, wo weder die Ausschließlichkeit noch die Willkührlichkeit der Verfügung — die zwei Hauptmerkmale des Eigenthumsbegriffes — anwendbar erscheinen? Der Gedanke wird nämlich durch seine Mittheilung ein Gemeingut, derjenige, der ihn benützt, entzieht ihn dadurch seinem Urheber nicht; dieser hat ihn eben so gut wie jener und jeder Andere, und der einmal geäußerte Gedanke ist eben so wenig eines „ausschließenden Fürsichhabens" fähig, als die Luft oder das Sonnenlicht. Auch das Moment der willkührlichen Einwirkung ist auf das sogenannte geistige Eigenthum nicht anwendbar. Der Urheber kann allenfalls das Manuscript, die Zeichnung wieder vernichten, aber den immanenten Gedanken vermag er, sobald dieser einem Andern mitgetheilt worden, nicht mehr zurückzunehmen oder beliebig zu verändern, er ist durch die Aeußerung seiner Einwirkung entrückt *). Nicht einmal das praktisch wichtigste Recht, um das es sich hier eigentlich handelt, nämlich die ausschließliche Befugniß des Autors, aus der Vervielfältigung seines Werkes materiellen Gewinn zu ziehen, läßt sich aus dem Eigenthumsbegriffe deduciren, da dieses s. g. Eigenthum, — werde es auf das Manuscript, die Zeichnung, die gedruckten Exemplare u. s. w., oder auf den darin zur sinnlichen Wahrnehmung gebrachten Gedanken bezogen, — dadurch nicht beirrt wird, daß auch ein Anderer das veröffentlichte Werk auf mechanischem Wege vervielfältigt und verbreitet **). Es muß also für diese Befugniß, die allerdings den Kern des Autorrechtes bildet, eine andere Grundlage gesucht werden, und diese möchte darin zu finden sein, daß es nach dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein als billig und gerecht erscheint, wenn dem Urheber eines Werkes auch der, aus der mechanischen Vervielfältigung desselben sich ergebende materielle Gewinn vorzugsweise gesichert wird ***), was nur durch die Behandlung des Nachdruckes als Verletzung des Autorrechtes (als Delict, wie es Jolly und Andere bezeichnen) und durch die Anerkennung der Entschädigungspflicht geschehen kann. Diese Anschauung liegt nun auch, ungeachtet der widerstrebenden Textirung, unserm Pat. v. 19. Octob. 1846 zum Grunde. Nirgends sind die einzelnen Ausflüsse des Autorrechtes als

*) Eine äußere Beherrschung der Gedanken, sagt Jolly in seiner Lehre vom Nachdruck nach den Beschlüssen des deutschen Bundes (Heidelberg 1852), S. 85 — ist unmöglich, und wäre, wenn möglich, ein unerhörter Frevel gegen die Menschheit.

**) S. Harum, a. a. O. S. 35 u. ff.

***) Daher die unverkennbare Aehnlichkeit zwischen dem Autorrechte und den Erfindungsprivilegien, worüber Näheres bei Harum, a. a. O. S. 62.

Consequenzen des Eigenthumsbegriffes hingestellt, dieses Recht erscheint vielmehr immer als ein zeitlich beschränktes, von dem Eigenthume verschiedenes Recht, und zwar auf die mechanische Vervielfältigung und Veröffentlichung eines literarischen oder artistischen Erzeugnisses *).

3) Das in Frage stehende Autorrecht **) steht zunächst dem Urheber, d.i. demjenigen zu, der ein literarisches oder artistisches Erzeugniß ursprünglich verfaßt oder verfertiget hat (§. 1 des Pat. 1846); eben aber weil die schöpferische Geistesthätigkeit hier entscheidet, wird im Gesetze dem Urheber, so fern nicht besondere Verträge entgegenstehen, in Beziehung auf den Schutz gegen Nachdruck der Besteller eines Werkes gleichgehalten, welcher dessen Bearbeitung und Ausführung nach einem gegebenen Plane — mag dieser von ihm selbst herrühren, oder durch einen Dritten ausgearbeitet worden sein ***) — und auf seine Kosten an einen Andern übertragen hat (ebd. lit. a.); wobei jedoch immerhin vorausgesetzt werden muß, daß dem Bestellten nicht etwa bloß im Allgemeinen der Gegenstand der Bearbeitung bezeichnet, sondern wirklich ein „Plan“ seines Werkes vorgelegt worden sei, und daß er sich im Wesentlichen so weit daran gehalten habe, daß seine Arbeit nicht als eine selbstständige schöpferische Leistung angesehen werden kann †). Hiemit stimmt auch der §. 1170 des allg. bgl. Gesțb. überein, welcher eine solche Bestellung nicht für einen Verlags-, sondern für einen einfachen Lohnvertrag erklärt.

Das Gesetz (§. 1 des Pat. 1846 lit. b) stellt dem Urheber ferner gleich: den Herausgeber oder Unternehmer eines Werkes, welches

---

*) Harum (a. a. O. S. 52) will dieses Recht nicht als bloßes Vermögensrecht betrachtet wissen, und sieht nebstdem darin einen Ausfluß der persönlichen Freiheit, vermöge dessen Niemand wider seinen Willen gezwungen werden darf, als Autor eines literarischen Werkes vor das Publicum zu treten, und hierdurch die literarische Verantwortlichkeit auf sich zu nehmen, ja auch der Anspruch auf literarische Ehre kann nach ihm (S. 55) das Verbot des Nachdruckes begründen, da diese verletzt wird, wenn z. B. das Werk eines Autors in einem noch unvollendeten Zustande, in welchem es der Verfasser nicht veröffentlichen wollte, dem Urtheile des Publicums Preis gegeben wird. Mit Recht scheint uns aber Jolly (in d. allg. öst. Gr. Ztg. 1857. Nr. 24 u. 25) gegen diese Ansicht zu bemerken, daß das Recht des Autors auf persönliche Freiheit und Ehre nur eine Folge seiner Rechtssubjectivität, nicht aber seiner schriftstellerischen oder künstlerischen Production sei. Der Schriftsteller hat für seine Persönlichkeit, für seine Ehre ganz unzweifelhaft rechtlichen Schutz zu beanspruchen, sei es daß sie direct, sei es daß sie indirect in seinem Werke angegriffen werden; aber er genießt diesen Schutz nur unter den gleichen Voraussetzungen, und in der gleichen Weise, wie alle andern auch; was Andern gegenüber nur eine Indiscretion ist, ist auch dem Schriftsteller gegenüber als solche, nicht als Rechtsverletzung, zu behandeln.

**) Diese allgemeine Bezeichnung der dem Urheber eines literarischen oder artistischen Erzeugnisses zustehenden Rechte scheint uns des leichteren Verständnisses wegen nicht unzweckmäßig. Vgl. Jolly in der allg. öst. Ger. Ztg. 1857, Nr. 25.

***) Harum, a. a. O. S. 116.

†) Dieß wird sich freilich nur in jedem einzelnen Falle, insbesondere durch Vernehmung von Sachverständigen bestimmen lassen. S. Harum, a. a. O. S. 115 u. 117.

durch die Lieferungen selbstständiger Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet wird, s. g. Sammelwerke, wie Zeitschriften, Encyclopädien, Almanache, literarische oder artistische Albums u. dgl. Die zu schützende geistige Thätigkeit liegt hier in der Sammlung und Ordnung der Beiträge; das Autorrecht gebührt daher dem Herausgeber eines solchen Sammelwerkes nur in Beziehung auf das Ganze desselben, nicht auf dessen einzelne Bestandtheile. Er ist demnach auch nicht berechtigt, diese abgesendert, oder in einer neuen, von dem bisherigen Unternehmen verschiedenen Sammlung herauszugeben. Wohl aber hat der Verfasser jedes einzelnen Artikels das Recht, diesen selbstständig oder in einem andern Sammelwerke (z. B. einer Gesammtausgabe seiner Schriften) erscheinen zu lassen, wofern nicht anzunehmen ist, daß er eben durch die Ueberlassung des Artikels an den Herausgeber des ersten Sammelwerkes auf diese Befugniß verzichtet habe *).

Dem Urheber wird endlich (§. 1 lit. c des Pat. 1846) auch der Herausgeber eines anonymen oder pseudonymen, d. i. eines solchen Werkes gleichgehalten, bei welchem weder auf dem Titelblatte, noch unter der Zueignung, oder am Schlusse der Vorrede der wahre Name des Verfassers genannt ist, indem hier angenommen werden muß, daß der Autor eben durch die Ueberlassung seines Werkes an den genannten Herausgeber seine Rechte auf diesen übertragen habe; doch läßt diese Vermuthung allerdings einen Gegenbeweis zu, der z. B. dann geführt werden könnte, wenn Jemand eigenmächtig ein fremdes Erzeugniß auf die gedachte Weise vervielfältigt hätte **). Ist auch kein Herausgeber, Unternehmer oder Besteller, weder auf dem Titelblatte noch unter der Zueignung, oder am Ende der Vorrede genannt, so steht (nach §. 14 lit. b ebd.) die Wahrung der Rechte des anonymen oder pseudonymen Autors dem Verleger des Werkes als Stellvertreter zu. — Rührt ein Werk von mehreren Urhebern her, deren einer zu dem andern nicht bloß im Verhältnisse eines Lohnarbeiters steht, so kommt ihnen das Autorrecht gemeinschaftlich zu, sobald sie sich auf dem Werke genannt, und nicht etwa Einen von ihnen auf die eben angedeutete Weise insbesondere als Herausgeber bezeichnet haben (§. 14. lit. c ebd.). Das unter ihnen obwaltende Rechtsverhältniß muß aber sohin, da das Pat. vom J. 1846 nichts Besonders darüber verfügt, nach den Grundsätzen des allg. bürgl. G. B. über die Gemeinschaft der persönlichen Sachenrechte (§§. 888 u. ff.) beurtheilt werden ***).

---

*) Eine solche Verzichtleistung müßte im Allgemeinen dahin angenommen werden, daß der Verfasser eines einzelnen Beitrages nicht berechtiget erscheint, denselben gleichzeitig in einem andern ganz ähnlichen, dem ersten Concurrenz machenden Sammelwerke erscheinen zu lassen. Harum, a. a. O. S. 118.

**) Harum, a. a. O. S. 123.

***) Harum, a. a. O. S. 135 will hier die Grundsätze über die Gemeinschaft der dinglichen Rechte, freilich mit mancherlei Modificationen zur Anwendung bringen, scheint uns aber dadurch mit seiner eigenen Behauptung in Widerspruch zu gerathen, daß das Autorrecht nicht als Eigenthumsrecht (und von einem andern dinglichen Rechte kann wohl ohnehin keine Rede sein) an dem literarischen oder artistischen Erzeugnisse aufzufassen sei.

Auch juristische Personen können nach unserem Gesetze Subjecte des Autorrechtes sein, da der §. 15 des Pat. v. J. 1846 ausdrücklich der Akademien, Universitäten und anderer unter dem besonderen Schutze des Staates stehender wissenschaftlicher oder artistischer Institute und Vereine, und weiterhin anderer, eines solchen besonderen Schutzes nicht genießender Gesellschaften und Vereine erwähnt; ihre Autorschaft kann aber dadurch begründet werden, daß solche Körperschaften ein Sammelwerk (z. B. die Abhandlungen einer Akademie) herausgeben, oder den Plan zu einem Werke liefern, dessen Bearbeitung sie mittelst eines bloßen Lohnvertrages Jemanden übertragen u. dgl. m. *). — Endlich wird im §. 18 des oft-erwähnten Gesetzes selbst der Staat als Subject des Autorrechtes bezeichnet, und zwar nicht nur hinsichtlich der von der Staatsverwaltung unmittelbar ausgegangenen Acte (z. B. statistischer Tabellen über die Rechtspflege u. dgl.), sondern auch solcher Werke, aus denen selbst ersichtlich ist, daß sie auf Befehl der Regierung erschienen sind **).

4) Wenden wir uns nun zu den Objecten, auf welche sich das Autorrecht bezieht, so finden wir als solche im Gesetze (Pat. 1846) die literarischen Erzeugnisse und Werke der Kunst (Kunstwerke) bezeichnet. Eine nähere Bestimmung dieser Begriffe ist nicht gegeben, sie muß daher aus dem gemeinen Sprachgebrauche hergeholt werden, und wird demnach die Anwendung dieser Begriffe auf einzelne Fälle immer große Schwierigkeiten darbieten, welche wohl nicht anders, als durch den Ausspruch von Sachverständigen werden gelöst werden können. Den gerade in dieser Materie besonders gediegenen Ausführungen Harum's ***) folgend, heben wir zuvörderst nachstehende Merkmale eines „literarischen Erzeugnisses hervor: Dasselbe muß a) das Product einer individuellen geistigen Thätigkeit sein, mag diese in dem Schaffen des Inhaltes, oder bloß in der Formgebung bestehen; wo aber keines von beiden vorhanden ist, wie z. B. bei ganz einfachen Rechnungstabellen, da kann auch von einem literarischen Erzeugnisse keine Rede sein. — Zu diesem wird weiters b) erfordert, daß es eine in sich abgeschlossene Gedankenreihe ausspreche; daher die bloßen Materialien (Notizen, Aufzeichnungen einzelner Erfahrungen, Excerpte u. dgl.) keinen Gegenstand des Autorrechtes bilden, wenn gleich ihre unbefugte Benützung, ohne Zustimmung des Erzeugers, vielleicht sogar eine anderweitig strafbare Anmaßung gegen ihn begründen kann †). c) Ein drittes Merkmal eines literarischen Erzeugnisses ist es, daß dasselbe in einer den Inhalt unmittelbar ausdrückenden, sinnlich wahrnehmbaren und bezüglich seiner Mittheilung nicht ganz gleichgiltigen Form dargestellt sei. Aus diesem Grunde entscheiden sich Jolly, Harum u. A., wie uns scheint mit vollem Rechte, dafür, daß bloß thatsächliche Mittheilungen von Zeitungscorrespondenten, telegraphische Depeschen, Anzeigen, Inserate u. dgl. nicht gegen Nachdruck geschützt

*) Harum, a. a. O. S. 138.
**) Harum, a. a. O. S. 139.
***) A. a. O. S. 70 u. ff.
†) Jolly, die Lehre vom Nachdruck 2c. S. 103.

seien. — Endlich wird zum Begriffe eines literarischen Erzeugnisses d) gefordert, daß es nicht zunächst für einen andern Zweck geschaffen worden sei, welcher die Möglichkeit oder Absicht, es als eine individuelle Geistesschöpfung in den literarischen Verkehr zu bringen, und ein ausschließliches Recht der Veröffentlichung darauf zu gründen, entweder geradezu ausschließt, oder gänzlich absorbirt *). Aus diesem Gesichtspunkte sind Gesetze und Verordnungen, kirchliche Erlässe, officielle Acten, Amtsberichte, Protocolle, Entscheidungen der Gerichtshöfe und anderer Behörden, mündliche Vorträge der Parteien und Anwälte bei gerichtlichen Verhandlungen, Parlamentsreden u. s. w., endlich auch Briefe, nicht als literarische Erzeugnisse anzusehen **). Dagegen betrachtet das Gesetz (§. 5 lit. e. des Pat. v. J. 1846) jede Uebersetzung eines erschienenen literarischen Werkes, ohne Unterschied der Sprache, für ein selbstständiges Geistesproduct, indem der Uebersetzer dem fremden Werke eine neue, individuelle Form gibt. Diese Form wird daher auch gegen den Nachdruck geschützt; dagegen ist es einem Dritten nicht verwehrt, eine andere Uebersetzung in derselben Sprache zu liefern, da das Gesetz als Nachdruck nur jene spätere Uebersetzung bezeichnet, welche sich von einer früheren gar nicht, oder nur durch unerhebliche Abänderungen unterscheidet ***). Das Gleiche scheint uns auch hinsichtlich der kritischen Herstellung des Originaltextes eines älteren, bereits zum Gemeingute gewordenen Werkes zu gelten †), welche oft mühsame Forschungen, und daher eine selbstständige Geistesthätigkeit des Verfassers voraussetzt. — Dagegen dürfte die bloße Herausgabe alter Manuscripte, Urkunden u. s. w., wenn sie nicht zugleich mit einer Texteskritik u. dgl. verbunden ist, kein Autorrecht begründen, weil sich eben in ihr keine individuelle geistige Schöpfung erkennen läßt ††). Schließlich muß in Bezug auf das Object des Autorrechts bei literarischen Erzeugnissen bemerkt werden, daß das Gesetz nicht bloß Manuscripte aller Art und wirklich schon erschienene Druckwerke, sondern auch mündliche Vorträge, die zum Behufe der Erbauung, der Belehrung oder des Vergnügens abgehalten werden, (im §. 4 lit. b)) als solche bezeichnet, und daß überdieß geographische und topographische Karten, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche Zeichnungen Abbildungen u. s. w., welche nach ihrem Zwecke nicht als selbstständige Kunstwerke zu betrachten, sondern zur Versinnlichung von wissenschaftlichen Gegenständen bestimmt sind, den literarischen Erzeugnissen gleichgestellt erscheinen. Was die Werke der Kunst anbelangt, die das Gesetz ferner

*) Harum, a. a. O. S. 83.

**) Consequent mit seiner Ansicht, daß das Autorrecht nicht als bloßes Vermögensrecht aufzufassen sei, behauptet Harum a. a. O. (S. 95), daß Briefe immerhin auch als literarische Erzeugnisse gelten können, wenn sie eine individuelle Geistesschöpfung enthalten. Uns scheint aber, mit Jolly (allg. öst. Ger. Ztg. 1857, Nr. 26), daß der Zweck der individuellen Mittheilung im Briefe, die Absicht, ein auf den literarischen Markt zu bringendes Erzeugniß zu schaffen, ganz und gar absorbire.

***) Welch' besonderer Vorbehalt bei Uebersetzungen noch zu Gunsten des Autors des Originalwerkes gemacht ist, wird später erörtert werden.

†) Harum, a. a. O. S. 76.

††) Anderer Meinung ist zum Theile Harum, a. a. O. S. 78.

seines Schutzes theilhaftig werden läßt, so müssen zuvörderst die Erzeugnisse der Dichtkunst und der Baukunst hier völlig ausgeschieden werden; erstere, weil sie zu den literarischen Producten gehören, letztere weil sich bei ihnen eine mechanische Vervielfältigung im Sinne unsers Gesetzes nicht denken läßt. Es erübrigen also nur die Werke der Tonkunst, der Bildhauerkunst und der Malerei und Zeichenkunst. Unter diesen stehen die musikalischen Compositionen den literarischen Erzeugnissen am nächsten; es kommen daher auf dieselben, mit geringen, durch die Natur der Sache gegebenen Abweichungen, auch die oben gemachten Bemerkungen anzuwenden *). Gewissermaßen den Uebersetzungen gleichgestellt erscheinen die s. g. Arrangements, als Einrichtungen eines Tonstückes für andere, oder weniger Instrumente, als für die es ursprünglich gesetzt ist. Das Pat. v. J. 1846 (§. 6. lit. a) behandelt sie als ein selbstständiges artistisches Erzeugniß, und fügt bloß eine Beschränkung bei, vermöge welcher der Tondichter sich das Vorrecht der Herausgabe eines solchen Arrangements im Allgemeinen, oder für bestimmte Instrumente insbesondere vorbehalten kann. — Bei den Werken der zeichnenden Kunst und der Plastik muß endlich vorausgesetzt werden, daß sie um ihrer selbst willen, bloß zur Beschauung (zum ästhetischen Genusse) und nicht zu irgend einem andern äußeren Gebrauche geschaffen seien **). Aus diesem Grunde fallen nicht nur Malereien auf Tassen, Tellern, Broches, Armbändern, Tabakspfeifen, Schnitzwerke an Meubles u. dgl., sondern auch Muster und Modelle für die Fabrication (z. B. für Tapeten, Seidenstoffe, Shawls u. dgl.), außer den Bereich des Schutzes gegen den Nachdruck, wenngleich in gewerblicher Beziehung der Musterschutz ein dringendes Bedürfniß sein mag. Im Allgemeinen muß noch bemerkt werden, daß es auf den eigentlichen innern Werth des literarischen oder artistischen Erzeugnisses, wenn es sich um den Schutz desselben gegen unbefugte Nachbildung handelt, nicht ankömmt, wofern nur die sonstigen Merkmale eines solchen Erzeugnisses vorhanden sind; daß aber dasselbe wohl nicht ganz unerheblich sein dürfe, indem sonst die Verletzung des darauf sich beziehenden Autorrechtes zu geringfügig wäre, als daß sie einen Gegenstand richterlicher Verfolgung bilden könnte ***). Endlich glauben wir noch der Ansicht Harum's †) beipflichten zu sollen, daß Werke strafbaren Inhalts (z. B. aufrührerische Schriften, obscöne Bilder u. s. w.) keines Rechtsschutzes genießen, da ihre Veröffentlichung eine unerlaubte Handlung ist, dem Autor also dazu überhaupt kein Recht und daher noch weniger ein ausschließendes Recht zugestanden werden kann.

5) Das Autorrecht ist in dem Gesetze v. J. 1846 für ein Vermögensrecht erklärt, welches auch auf andere Personen übergehen kann, und zwar auf doppelte Weise, entweder im Wege des Erbganges, oder durch

---

*) Vgl. Harum, a. a. O. S. 101.

**) Harum, a. a. O. S. 108.

***) Jolly, Harum u. A. wenden hier den Grundsatz: Minima non curat Praetor, an; aus diesem Gesichtspunkte wird sich z. B. ein Distichon, ein Sinnspruch von wenigen Zeilen, ein Bilderbogen für Kinder u. dgl., nicht als ein Object des Autorrechtes darstellen.

†) A. a. O. S. 71.

Uebertragung unter Lebenden. In der ersteren Beziehung verfügt der §. 13 des o. a. Patentes, daß das dem Urheber eines literarischen oder artistischen Werkes eingeräumte ausschließliche Recht der Veröffentlichung, Nachbildung oder Vervielfältigung desselben sich in der Regel nicht bloß auf seine ganze Lebenszeit erstrecke, sondern auch denjenigen, welchen es von ihm übertragen worden ist, oder wenn er nicht anders darüber verfügt hätte, seinen Erben und deren Rechtsnachfolgern noch auf die Dauer von 30 Jahren nach seinem Tode zukomme; und das Gleiche gilt nach §. 22 des mehrerwähnten Gesetzes durch eine Frist von 10 Jahren nach dem Todesjahre des Urhebers hinsichtlich des ausschließenden Rechtes zur Aufführung eines musikalischen oder dramatischen Werkes. Die hier in Frage stehenden Rechte sind demnach als ein Bestandtheil des Nachlasses des betreffenden Verfassers anzusehen, und in dieser Beziehung nach den Grundsätzen des allgem. bürgerl. Gesetzbuches über die Erbfolge zu behandeln *). Dagegen findet in Ansehung derselben ein Heimfallsrecht des Fiscus oder anderer Personen nicht statt (§. 13. des Pat, v. J. 1846), vielmehr dürfen die Werke der Literatur und Kunst, wenn weder ein Erbe, noch sonst ein Rechtsnachfolger des Urhebers mehr vorhanden ist, in beliebiger Form nachgedruckt und nachgebildet werden (§. 19 ebd.).

6) Die Uebertragung des Autorrechtes unter Lebenden setzt jederzeit einen Vertrag voraus, der übrigens, da unser Gesetz keine speciellen Verfügungen darüber getroffen hat, nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen kömmt, und daher mündlich oder schriftlich, gerichtlich oder außergerichtlich, entgeltlich oder unentgeltlich, ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen werden kann; ja in einem Falle vermuthet das Gesetz sogar eine solche Rechtsabtretung, wenn nämlich ein Originalwerk der zeichnenden oder plastischen Kunst Eigenthum eines Andern wird, in welchem Falle, nach §. 11 des Pat. v. J. 1846, wofern nicht das Gegentheil bedungen wurde, das ausschließende Recht, die Vervielfältigung zu veranlassen oder zu gestatten, zugleich auf den Erwerber übergeht **).

7) Die Vervielfältigung eines literarischen oder artistischen Erzeugnisses auf mechanischem Wege kann entweder von dem Urheber selbst geschehen, oder von ihm einem Dritten übertragen werden; letzteres ist oft sogar in Folge der bestehenden Gewerbsgesetze unbedingt nothwendig. Zur Erzeugung von Druckschriften aller Art sind nämlich nach §. 1 des Pat. v. 18. März 1806, und §. 1 des Hofcomm.-Decr. v. 12. Mai 1818, nur Jene berechtigt, welche von der competenten Behörde ein Buchdrucker-, oder, wenn die Lithographie in Anwendung gebracht werden soll, ein Steindrucker-Befugniß erhalten haben. Ist also der Autor nicht ein Besitzer eines solchen Befugnisses, so muß er sich zur Vervielfältigung seines Manuscriptes (oder seiner Zeichnung) einer befugten Buch- oder Steindruckerei bedienen; und das Gleiche gilt auch von seinen Rechtsnachfolgern. Der über die Drucklegung zwischen dem Autor oder dessen Rechtsnachfolger und dem Drucker

*) Harum, a. a. O. S. 123.

**) Mit Recht bemerkt Harum, a. a. O. S. 147, daß sich diese Vermuthung aus der Natur der Sache kaum begründen ließe.

oder Lithographen abgeschlossene Vertrag ist übrigens als ein reiner Lohnvertrag nach den bisher erörterten Bestimmungen zu beurtheilen. Verschieden hiervon ist dagegen der s. g. Verlagsvertrag, der in den §§. 1164 ff. unseres a. b. G. B. seine Normirung gefunden hat. Der Autor kann nämlich die Drucklegung des von ihm verfaßten Werkes auf eigene Rechnung veranlassen *), er kann aber auch die Veranlassung der Vervielfältigung einem Andern (dem Verleger) für dessen Rechnung überlassen, und hierin besteht der schon erwähnte Verlagsvertrag. In Ansehung desselben werden durch unsere Gewerbsgesetze ebenfalls wieder besondere Beschränkungen herbeigeführt. Der Verlag von Druckschriften ist nämlich nach den §§. 4, 10 und 13 des Pat. v. 18. März 1806 ein ausschließendes Gewerbsrecht der Buchhändler und Buchdrucker, und nur ausnahmsweise ist den Buchbindern gestattet, Kalender aufzulegen. Was endlich den Verkehr mit literarischen und artistischen Erzeugnissen (die Verbreitung derselben) anbelangt, so ist zuvörderst nach §. 11 des mehrgedachten Pat. v. J. 1806 den Verfassern von Druckschriften gestattet, die Ausgaben ihrer eigenen Werke, welche sie auf ihre Kosten drucken lassen, in ihrer Wohnung auf eigene Rechnung zu verkaufen; den Buch- und Steindruckern ist weiters nach §. 10 ebd. erlaubt, diejenigen Schriften, welche sie in Verlag nehmen, d. h. zur Beschäftigung ihrer Pressen auf eigene Rechnung selbst drucken, in öffentlichen Verkaufsläden zu verschleißen; dagegen steht der Handel mit Druckschriften, welche durch die Buchdrucker- oder durch die Steindruckerkunst erzeugt werden, nach §. 4 ebd., nur den Buchhändlern zu, den Kunsthändlern aber gebührt der Handel mit solchen Druckschriften, bei welchen Bilder, Kupferstiche, lithographische Darstellungen oder geographische Karten das Vorzüglichste sind, und eigentlich um Vieles den Werth des gedruckten Textes übersteigen (§. 14 ebd.). Buchbinder sind nur berechtigt, mit Normal-, Gymnasialschul- und Gebetbüchern, dann mit Kalendern zu handeln (§. 13 ebd.). Auf Jahrmärkten ist nur den zum Bücherhandel befugten inländischen Gewerbsleuten mit den ihnen zuständigen Büchern zu handeln erlaubt (§. 15 ebd.), das Hausiren mit Druckschriften aber ist nach §. 7 der Preß-Ordnung vom 29. Mai 1852 gänzlich untersagt.

8) Durch den Verlagsvertrag erhält der Verleger das Recht, die ihm in Verlag gegebene Schrift zu vervielfältigen und abzusetzen; er übernimmt aber im Allgemeinen auch die Verpflichtung hierzu, und dadurch eben unterscheidet sich der Verlagsvertrag von einem bloßen Kaufe (oder einer Schenkung) des Manuscriptes **). Der Verfasser, dem es gerade an der Veröffentlichung seines Erzeugnisses gelegen ist, kann demnach auf die Veranstaltung des Abdruckes in der bedungenen Form und innerhalb des festgesetzten Zeitraumes dringen, und nur wenn der Inhalt sich als ein gesetzwidriger darstellen würde, stünde dem Verleger das Recht zu, von dem Verfasser die entsprechenden Abänderungen zu verlangen, oder, wenn

*) Dieser s. g. Selbstverlag ist nach §. 11 d. Pat. v. 18. März 1806 Jedermann gestattet.

**) Sehr gut hat dieß Harum, a. a. O. S. 151 ausgeführt.

er sich dessen weigerte, ganz vom Vertrage abzugehen, weil es keine Verpflichtung zu etwas Unerlaubtem geben kann (vgl. §. 878).

9) Das wesentliche Interesse des Verlegers ist in der Regel dahin gerichtet, aus dem Verlage des übernommenen Werkes den möglichsten materiellen Nutzen zu ziehen. Der Verfasser ist deßhalb, so lange das Verlagsrecht seines Compaciscenten dauert, nicht berechtigt, das nämliche Werk einem Andern in Verlag zu überlassen; ja es scheint, daß man mit Harum (a. a. O. S. 158) und Anderen noch um einen Schritt weiter gehen, und dem Autor auch die Befugniß absprechen müsse, ein neues Werk über denselben Gegenstand zu verfassen, und einem Andern in Verlag zu geben, wenn dieses durch seine Concurrenz die Erwartung des Gewinnes bei der Verbreitung des früheren Werkes geradezu vereiteln würde. Ob dieß zu befürchten sei, müßte freilich in jedem einzelnen Falle durch Sachverständige ermittelt werden.

§. 1165.

Rechte und Pflichten zwischen dem Verfasser und Verleger.

Der Verfasser ist verbunden, das Werk der Verabredung gemäß zu liefern, und der Verleger gleich nach geliefertem Werke die bedungene Belohnung zu entrichten.

§. 1166.

Wird das Werk von dem Schriftsteller zur bestimmten Zeit oder auf die festgesetzte Art nicht geliefert, so kann der Verleger zurücktreten, und, wenn die Ablieferung aus Verschulden des Verfassers unterbleibt, die Schadloshaltung fordern.

1) Der Verfasser wird durch den Verlagsvertrag verpflichtet, das Werk der Verabredung gemäß zur bestimmten Zeit und auf die festgesetzte Art zu liefern, d. h. sowohl literarisch als artistisch zu „schaffen", als auch das vollendete Erzeugniß dem Verleger behufs der Veranstaltung seiner Vervielfältigung zu übergeben. Wäre die Art der Abfassung nicht festgesetzt, so müßte sie wohl als dem freien Ermessen des Autors anheimgestellt betrachtet werden *), hinsichtlich der Zeit der Ablieferung aber käme die Bestimmung des §. 904 zur Anwendung.

2) Wird das Werk von dem Verfasser nicht zur gehörigen Zeit und in der bestimmten Weise geliefert, so gestattet das Gesetz ausnahmsweise (§. 919) dem Verleger vom Vertrage zurückzutreten, und Schadloshaltung zu begehren, wenn die Ablieferung aus Verschulden des Autors unterblieb. Wurde dieser dagegen durch Zufall (z. B. eine unverschuldete Krankheit) daran gehindert, so kann er zu keinem Ersatz verhalten werden. Zweifelhaft ist die Frage, ob der Verleger auch die Erfüllung des Vertrages begehren und daher gegen den Autor auf Lieferung des Werkes in

---

*) Harum, a. a. O. S. 153.

der bedungenen Form dringen könne? In der That behauptet auch Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 442) und Ellinger (Handb. S. 433) das Gegentheil; allein uns scheint die bejahende Beantwortung der obigen Frage die richtigere zu sein; denn der §. 919 des a. b. G. B. spricht im Allgemeinen den Grundsatz aus, daß, wenn Ein Theil den Vertrag nicht gehörig erfüllt, der andere nicht berechtiget sei, die Aufhebung desselben zu verlangen; auch kann es allerdings dem Verleger, abgesehen von einem pecuniären Vortheile, daran gelegen sein, daß ein bestimmtes Werk erscheine *), und endlich ist die Leistung nicht geradezu als unerzwingbar zu betrachten, da unsere Gerichtsordnungen auch bei andern ähnlichen Leistungen die Anwendung von, freilich nur indirecten Zwangsmitteln (Pönfall, Arrest) gestatten **).

3) Seinerseits ist der Verfasser berechtigt, von dem Verleger gleich nach geliefertem Werke die bedungene Belohnung (das Honorar) zu verlangen. Wäre ein solches nur im Allgemeinen zugesichert, der Betrag desselben aber nicht festgesetzt worden, so hätte ihn der Richter (nach §. 1152) zu bestimmen. Uebrigens gehört die Zusicherung eines Honorares nicht zur Wesenheit des Verlagsvertrages, da dem Autor auch ohne Rücksicht auf einen derartigen materiellen Vortheil daran gelegen sein kann, die Veröffentlichung seines literarischen oder artistischen Erzeugnisses zu bewirken.

§. 1167.

Wenn die Zahl der Exemplare bestimmet worden ist, so muß der Verleger zu jeder neuen Auflage die Einwilligung des Verfassers einholen, und über die Bedingungen ein neues Uebereinkommen treffen.

1) Die Zahl der auf mechanischem Wege zu erzeugenden Exemplare (die s. g. Größe der Auflage) eines Werkes ist für den Verleger wie für den Schriftsteller von großem Gewichte; es wird also in der Regel zwischen Beiden eine Verabredung darüber getroffen werden, die sohin natürlich auch strenge einzuhalten kömmt. Würde demnach der Verleger mehr, als die festgesetzte Anzahl von Exemplaren erzeugen, so machte er sich dadurch einer Vertragsverletzung schuldig, da der Verfasser eben, wenn die bestimmte Auflage vergriffen ist, das Recht erlangt, wieder frei über sein Werk zu verfügen, und einen neuerlichen Vortheil daraus zu ziehen ***), so daß er, wenn nichts anderes verabredet wurde, weder an die früheren Vertragsbedingungen, noch an den früheren Verleger gebunden erscheint.

2) Ist über die Zahl der abzuziehenden Exemplare nichts bestimmt worden, so ist anzunehmen, daß das Autorrecht im vollen Umfange an

*) Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4. S. 384.

**) Manchmal kann sogar ein directer Zwang zum Ziele führen, wenn es sich nämlich bloß um die körperliche Uebergabe eines schon vollendeten Manuscriptes handelt. S. Harum, a. a. O. S. 156.

***) In wie fern der Verfasser, bevor die frühere Auflage seines Werkes vergriffen ist, eine neue veranstalten könne, wird bei §. 1168 erörtert werden.

den Verleger übergegangen sei; dieser ist daher berechtigt, nach Belieben, auch ohne weitere Einwilligung des Verfassers, neue Auflagen von demselben zu veranstalten.

§. 1168.

Will der Verfasser eine neue Ausgabe mit Veränderungen in dem Inhalte des Werkes veranstalten, so ist darüber ebenfalls ein neuer Vertrag zu schließen. Vor dem Absatze der Auflage aber ist der Verfasser nur dann zu einer neuen Ausgabe berechtiget, wenn er dem Verleger in Rücksicht der vorräthigen Exemplare eine angemessene Schadloshaltung zu leisten bereit ist.

1) Wie aus den Bestimmungen der vorhergehenden Paragraphe erhellet, ist der Verfasser eines Werkes, wenn die Zahl der Exemplare desselben nicht bestimmt wurde, zu keiner Zeit, wenn sie aber bestimmt wurde, wenigstens nicht vor dem Absatze derselben berechtiget, eine neue unveränderte Auflage (Ausgabe) zu veranstalten, indem er hierdurch die Rechte des Verlegers beeinträchtigen würde.

2) Dagegen schien es im Interesse der Wissenschaft und des geistigen Fortschrittes allerdings nothwendig, dem Schriftsteller die Freiheit zu wahren, wann immer eine veränderte, mit Zusätzen und neueren Erfindungen oder Entdeckungen bereicherte Ausgabe seines Werkes zu veranstalten, und nicht erst den Absatz der früheren Auflage abwarten, oder vor der Zeit die Freiheit hierzu sich von dem Verleger erkaufen zu müssen *).

3) Ob der Verfasser bei der Herausgabe einer solchen neuen Auflage an den früheren Verleger gebunden sei, hängt von dem Inhalte des mit demselben abgeschlossenen Verlagscontractes ab. Ginge dieser dahin, daß dem Verleger auch das Recht auf mehrere oder alle künftigen Auflagen eingeräumt wurde, so muß sich der Verfasser darnach halten. Würde sich aber der Verleger weigern, eine neue Ausgabe zu veranstalten, so käme dieses als ein Verzicht auf seine Rechte anzusehen, und der Verfasser wäre sohin allerdings berechtigt, die neue Ausgabe einem andern Verleger zu übertragen, da ihm nicht zugemuthet werden kann, die literarische Verantwortlichkeit für ein seiner Ansicht nach mangelhaftes Werk fortwährend auf sich zu nehmen **), zumal sonst das dem Verfasser in §. 1168 allgemein eingeräumte Recht für solche Fälle illusorisch würde.

4) Erfolgt eine neue Ausgabe vor dem Absatz der früheren Auflage, so ist natürlicher Weise auf einen Verkauf der noch vorräthigen Exemplare dieser letzteren nicht mehr zu rechnen; es ist mithin eine Forderung der Gerechtigkeit, daß dem Verleger für diesen Entgang eine angemessene Schadloshaltung zu Theil werde. Als Grundlage hiefür muß der Ver-

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3. S. 517.
**) Harum, a. a. O. S. 160.

kaufspreis (Ladenpreis) der noch vorräthigen Exemplare angenommen, hierbei aber der gewöhnliche buchhändlerische Rabatt in Abzug gebracht, und auf die wahrscheinliche Zeit des Absatzes Rücksicht genommen werden, so daß der Vortheil der sogleichen Bezahlung gehörig in Anschlag gebracht wird, was in der Regel durch Sachverständige ausgemittelt werden müßte.

§. 1169.

Die Rechte des Schriftstellers in Rücksicht einer neuen Auflage oder Ausgabe gehen auf seine Erben nicht über.

1) Nach §. 918 gehen alle aus Verträgen entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben der vertragenden Theile über, wenn sie anders nicht auf bloß persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen. Dieß letztere ist bei dem Autorrechte der Fall, insofern die rein literarische Seite desselben in Betrachtung gezogen wird. Als Vermögensrecht aufgefaßt erscheint es aber nunmehr, wie schon oben (S. 359) angedeutet wurde, als vererblich, und in so weit ist der Bestimmung des vorstehenden Paragraphen durch das Gesetz v. J. 1846 derogirt worden.

2) Aus der doppelten Natur des Autorrechtes folgt, daß die Erben des Verfassers ganz in die Vermögensrechte desselben eintreten, aber auch die betreffenden Verbindlichkeiten desselben zu übernehmen haben, daß dagegen nicht das Gleiche hinsichtlich jener Beziehungen Platz greift, welche auf einer rein persönlichen Grundlage beruhen. So werden z. B. die Erben des Autors nicht verhalten werden können, ein unvollendetes Werk desselben zu Ende zu bringen, und eben so wenig werden sie berechtigt sein, eine neue veränderte Auflage gegen den Willen des Verlegers vor dem Absatze der ältern Auflage zu veranstalten.

§. 1170.

Wenn ein Schriftsteller nach einem ihm von dem Verleger vorgelegten Plane die Bearbeitung eines Werkes übernimmt, so hat er nur auf die bedungene Belohnung Anspruch. Dem Verleger stehet in der Folge das ganze freie Verlagsrecht zu.

Vergl. hierüber die oben S. 355 gemachten Bemerkungen.

Aehnlich mit dem Verlagsvertrage ist derjenige Vertrag, durch welchen ein dramatisches oder musikalisches Werk Jemanden, z. B. einem Theaterunternehmer, zur öffentlichen Aufführung überlassen wird; es kommen auf denselben, da unsere Gesetze dießfalls keine besonderen Bestimmungen enthalten, die Grundsätze über den Verlagsvertrag, und wo diese nicht ausreichen, die Vorschriften über Verträge überhaupt zur Anwen-

dung *). Insbesondere ist nur hervorzuheben, daß nach §. 8 des Pat. v. J. 1846 die vom Autor erhaltene Befugniß zur Aufführung, wenn keine Beschränkung vorbehalten wurde, auch zur beliebigen Wiederholung derselben berechtigt, und daß von mehreren gemeinschaftlichen Verfassern eines dramatischen Werkes im Zweifel jeder für berechtigt gehalten wird, die Aufführung zu gestatten.

§. 1171.

Diese Vorschriften sind auch auf Landkarten, topographische Zeichnungen und musikalische Compositionen anzuwenden. Die Beschränkungen des Nachdruckes sind in den politischen Gesetzen enthalten.

1) Daß die „Beschränkungen des Nachdruckes" gegenwärtig in dem Patente v. 19. Oct. 1846 enthalten sind, ist bereits oben (S. 352) erörtert worden. Der Schutz des Gesetzes gegen unbefugte Vervielfältigungen ist im §. 3 dieses Patentes von dem Umstande abhängig gemacht, daß das literarische Werk „mit Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten" erschienen sei. Hierbei wurde offenbar auf die damals bestandenen Censurgesetze Rücksicht genommen, welche nunmehr hinweggefallen sind, daher auch die darauf bezügliche Anordnung keine Wirksamkeit mehr äußern kann **). Wohl aber ist in einzelnen Fällen die Ausübung des Autorrechtes an gewisse Vorbehalte geknüpft. — So muß nach §. 5, lit. c. des Pat. v. J. 1846 die Befugniß zur Veranstaltung einer Uebersetzung im Allgemeinen, oder in einer bestimmten Sprache auf dem Titelblatte oder in der Vorrede des Originalwerkes ausdrücklich vorbehalten werden; — ein gleicher Vorbehalt auf dem Titelblatte ist bei musikalischen Compositionen bezüglich der Herausgabe eines Arrangements im Allgemeinen oder für bestimmte Instrumente vorgeschrieben (§. 6, lit. c.

---

*) Vgl. den in Nr. 33 der allg. öst. Ger.-Ztg. Jahrg. 1856 mitgetheilten Rechtsfall, in welchem die Bestimmungen über den Lohnvertrag zur Anwendung gebracht wurden, wenn gleich unter eigenthümlichen, durch die Natur des Verhältnisses herbeigeführten Modificationen.

**) Harum, a. a. O. S. 169, behauptet, daß nunmehr die Beobachtung der Vorschriften der Preßordnung v. 27. Mai 1852, Nr. 122 des R. G. Bl. und der Vollzugsinstruction zu derselben, die Bedingung des Autorrechtes sei; der Verfasser sieht sich aber selbst wieder genöthiget, diese Bedingung nur auf die Beobachtung des §. 2 der Preßordnung einzuschränken, zu Folge dessen jede Druckschrift mit dem Namen des Druckers, des Verlegers, und wenn ein besonderer Herausgeber eintritt, auch mit dem Namen desselben, so wie mit der Angabe des Druckortes und mit der üblichen Bezeichnung der Zeit des Erscheinens versehen sein muß. — Es läßt sich aber unsers Erachtens nicht rechtfertigen, gerade nur diese, und nicht auch die übrigen Vorschriften der Preßordnung für eine Bedingung des Autorrechtes zu erklären. Wir meinen vielmehr, daß dieses von den Vorschriften der Preßordnung ganz unabhängig sei, da letztere nur polizeiliche Anordnungen enthält, für deren Außerachtlassung im gedachten Gesetze selbst die erforderliche Sanction gegeben erscheint, ohne daß es nothwendig wäre, daran auch noch den Verlust des Autorrechtes zu knüpfen.

ebd.); — wenn ferner ein dramatisches oder musikalisches Werk durch den Druck oder Stich veröffentlicht worden ist, so muß, um das ausschließende Recht der öffentlichen Aufführung (Production) zu wahren, auf den einzelnen in Druck gelegten Exemplaren ausdrücklich ersichtlich gemacht werden, daß sie als Manuscript ausgegeben wurden (§. 8. ebd.); — endlich ist, um bei Zeichnungen, Gemälden, Kupfer-, Stahl- und Steinstichen, Holzschnitten und anderen Werken der zeichnenden Kunst, so wie bei plastischen Kunstwerken von dem ausschließenden Rechte der Nachbildung oder Vervielfältigung Gebrauch zu machen, nothwendig, daß der Urheber oder sein Rechtsnachfolger sich bei der Veröffentlichung des vollendeten Kunstwerkes das Recht zu dessen Vervielfältigung ausdrücklich vorbehalte (§. 10 ebd.); und zwar müßte dieser Vorbehalt entweder auf dem Kunstwerke selbst mit deutlichen Worten ersichtlich gemacht, oder, wo dieß nicht angeht, durch die Zeitungen des Kronlandes, wo das Kunstwerk erscheint, öffentlich bekannt gemacht werden und es würde die bloße Bezeichnung des Kunstwerkes mit dem Namen des Künstlers oder selbst mit dem Beisatze: „Eigenthum des N. N." nicht genügen, um die mit jenem ausdrücklichen Vorbehalte verbundenen Rechtswirkungen zu begründen*). — In ähnlicher Weise schreibt der §. 17 des Pat. v. J. 1846 vor, daß ein Privilegium, durch welches die dem Autor, dessen Erben und sonstigen Rechtsnachfolgern zugestandenen Schutzfristen über die gesetzliche Dauer erstreckt werden sollten, schon vor Beendigung der Herausgabe des Werkes erwirkt, und die Dauer des Privilegiums auf dem Titelblatte ersichtlich, oder wo dieses nach der Natur des Gegenstandes nicht stattfinden kann, durch die öffentlichen Zeitungsblätter der Provinz, wo das Werk erscheint, bekannt gemacht werden müsse.

2) Demnächst handelt sich's darum, den Begriff des (verbotenen) Nachdruckes näher festzustellen. Das Gesetz selbst (§. 3 des Pat. v. J. 1846) bezeichnet als solchen jede ohne Genehmigung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers auf mechanischem Wege unternommene Vervielfältigung eines literarischen oder artistischen Werkes, ohne Unterschied, ob hierbei das nämliche oder ein anderes Verfahren als bei der Erzeugung des Originalwerkes angewendet worden ist; und fügt bei, daß als Originalwerk außer dem ursprünglichen Erzeugnisse der Wissenschaft oder Kunst auch jeder davon gemachte Abdruck oder jede Nachbildung zu behandeln sei, welche der Urheber oder sein Rechtsnachfolger zufolge des ihm zukommenden Autorrechtes veranstaltet hat. Der Begriff der Vervielfältigung auf mechanischem Wege scheint hiebei dahin aufgefaßt werden zu müssen daß darunter jedes Verfahren zu verstehen sei, wodurch ein literarisches oder artistisches Werk mittelst einer und derselben Vorrichtung sogleich in einer Mehrheit von einander gleichen Exemplaren hergestellt werden kann **), weil nur hierdurch den vermögensrechtlichen Interessen des Autors Eintrag geschieht, und ihm die Früchte seiner Arbeit entzogen werden. Um nun den Charakter

*) Vgl. den in der allg. öst. Ger. Ztg. Nr. 47 des J. 1854 mitgetheilten Rechtsfall, und die gleichförmigen Entscheidungen des Wiener Landesgerichtes und des nied. österr. Oberlandesgerichtes.

**) Harum, a. a. O. S. 68.

des verbotenen Nachdrucks noch näher hervorzuheben, und davon die erlaubte Benützung fremder Geistesproducte, ohne welche ein Fortschritt in der Kunst und Wissenschaft unmöglich wäre, gehörig zu unterscheiden, hat das Gesetz noch weitere Bestimmungen getroffen, welche umständlicher erörtern, was als verbotener Nachdruck anzusehen, und was dagegen nicht als solcher zu betrachten sei. In Beziehung auf literarische Werke werden nämlich auch Auszüge aus dem Werke eines andern Autors, mit oder ohne Veränderungen, wenn sie als besondere Schriften mit dem Titel des Originalwerkes oder ohne denselben erscheinen, dem verbotenen Nachdrucke gleichgestellt (§. 4 lit. c des Pat. v. J. 1846) und (ebd. §. 4 lit. d u. e) erklärt, daß Veränderungen in den Zugaben eines Werkes, namentlich die Hinzufügung, Weglassung oder Abänderung von Anmerkungen, Abbildungen, Karten, Registern u. s. w. den Abdruck eines Werkes oder eines Auszuges aus demselben dem Nachdrucksverbote nicht entziehen, und daß von zwei, unter dem nämlichen oder auch unter verschiedenen Titeln vorkommenden Werken, welche denselben Gegenstand in der nämlichen Ordnung und Eintheilung behandeln, das später erschienene dann als verbotener Nachdruck zu behandeln ist, wenn nicht die darin wahrgenommene Vermehrung oder sonstige Veränderung des Inhaltes für so wesentlich und überwiegend erkannt wird, daß es als ein neues, selbstständiges Geistesproduct erachtet werden muß. — Dagegen ist nach §. 5 des Pat. des J. 1846 als Nachdruck nicht anzusehen, somit gestattet: a) das wörtliche Anführen einzelner Stellen aus bereits veröffentlichten Werken; b) die Aufnahme einzelner, einem größeren Werk, einer Zeitschrift oder sonst einem periodischen Blatte entnommener Aufsätze, Gedichte u. s. w. in ein nach seinem Hauptinhalte neues, selbstständiges, insbesondere kritisches und literar-historisches Werk, oder in eine zu einem eigenthümlichen literarischen Zwecke, sowie zum Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauche bearbeitete Sammlung von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller, oder endlich in Zeitschriften und periodische Blätter; nur muß die Originalquelle ausdrücklich angegeben werden und es darf der entlehnte Aufsatz weder einen Druckbogen des Werkes, welchem er entnommen ist, überschreiten, noch als selbstständige Flugschrift ausgegeben werden, ebenso bei Zeitschriften und sonstigen periodischen Blättern im Laufe eines Jahrganges zusammengenommen nicht mehr als zwei Druckbogen ausmachen; die eigentlichen politischen Zeitungen sind blos an die Bedingung gebunden, die Quelle, welcher der Artikel entlehnt ist, namhaft zu machen.

Der zu einem musikalischen Werke gehörige Text des Gesanges wird nach §. 7 des a. Gesetzes als Beigabe der Composition betrachtet, daher ihn der Tonsetzer, wenn nicht durch Vertrag etwas Anderes bestimmt worden ist, mit der Composition abdrucken lassen kann. — Zum Abdrucke des Textes ohne Musik ist die Einwilligung des Dichters erforderlich; sie wird aber, wenn das musikalische Werk zur öffentlichen Aufführung bestimmt ist, in der Art vorausgesetzt, daß derjenige, welcher die Berechtigung zur Aufführung erlangt hat, auch den Text zum Behufe der Benützung bei der Aufführung des Tonwerkes mit Andeutung dieser Bestimmung drucken lassen darf.

Was die Uebersetzung eines literarischen Werkes anbelangt, so wird sie als ein neues, selbstständiges Geistesproduct, wenn gleich von untergeordneter Art angesehen, sie ist also in der Regel Jedermann gestattet, und zwar dieß um so mehr, als sie, eben wegen der Sprachverschiedenheit, meist auf ein anders Publicum berechnet ist, und daher dem Absatze des Originalwerkes keinen wesentlichen Eintrag thut *); doch ist, wie schon oben (S. 358) angedeutet wurde, der Fall ausgenommen, wenn der Berechtigte sich die Befugniß zur Veranstaltung einer Uebersetzung im Allgemeinen oder in einer bestimmten Sprache ausdrücklich vorbehalten hat, wo sodann jede innerhalb eines Jahres vom Erscheinen des Originalwerkes ohne Einwilligung des Autors desselben oder seiner Rechtsnachfolger veröffentlichte Uebersetzung als verbotener Nachdruck zu behandeln ist. — Hat der Autor das Werk zugleich in mehreren Sprachen erscheinen lassen, so wird jede dieser Ausgaben als Original behandelt. Weiters wird jede rechtmäßig erschienene Uebersetzung gegen Nachdruck geschützt, und von mehreren Uebersetzungen die später erschienene als Nachdruck angesehen, wenn sie sich von der früheren gar nicht oder nur durch unerhebliche Abänderungen unterscheidet (§. 5 lit. c. des Pat. v. J. 1846.)

Der bloße Titel eines Werkes kann an und für sich nicht als ein literarisches Erzeugniß angesehen **), und es kann daher im Allgemeinen Niemanden verwehrt werden, für ein späteres Werk den unveränderten Titel eines früher veröffentlichten, von einem andern Autor verfaßten Werkes zu benützen. Doch kann die Wahl eines gleichen Titels in dem Falle, wenn er zur Bezeichnung des behandelten Gegenstandes nicht unumgänglich nothwendig und überdieß zur Irreführung des Publicums über die Identität des Werkes geeignet ist, dem hiedurch Beeinträchtigten einen Anspruch auf Entschädigung begründen. Hierüber hat, wenn keine gesetzwidrige Absicht unterlaufen ist, der Civilrichter zu entscheiden (§. 5 lit. d. d. Pat. v. 1846.)

Bezüglich der musikalischen Compositionen ist als verbotener Nachdruck oder Nachstich nach §. 6 des in Frage stehenden Gesetzes nicht anzusehen, somit gestattet: a) die Aufnahme einzelner Themata musikalischer Compositionen in periodisch erscheinende Werke; b) die Benützung einer Tondichtung zu Variationen, Fantasien, Etüden, Potpourri's 2c., welche als selbstständige Geistesproducte angesehen werden; c) das Arrangement oder die Einrichtung eines Tonstückes für andere oder wenigere Instrumente als es ursprünglich gesetzt ist. — Hat sich aber der Tondichter das Vorrecht der Herausgabe eines Arrangements im Allgemeinen oder doch für bestimmte Instrumente ausdrücklich vorbehalten, so ist jedes vor Ablauf eines Jahres nach dem Erscheinungsjahre der Originalcomposition ohne Einwilligung des Tonsetzers oder seiner Rechtsnachfolger veröffentlichte Arrangement als verbotener Nachdruck zu behandeln. d) Wird für ein späteres musikalisches oder dramatisches Werk der unveränderte Titel eines früher veröffentlichten Werkes derselben Gattung benützt, so findet die bereits oben

*) Harum, a. a. O. S. 200.
**) Harum, a. a. O. S. 201.

angeführte Bestimmung des §. 5, ad d) des Ges. v. J. 1846 ihre Anwendung.

Bei Zeichnungen, Gemälden, Kupfer-, Stahl- und Steinstichen, Holzschnitten und andern Werken der zeichnenden Kunst, so wie bei plastischen Kunstwerken ist als verbotene Nachbildung nach §. 9 des Ges. v. J. 1846 nicht anzusehen: a) wenn die Nachbildung jeder Art sich von dem Originale nicht blos im Materiale, in der Form oder der Größe, sondern durch solche wesentliche Veränderungen in der Darstellung unterscheidet, vermöge welcher sie als ein selbstständiges Kunsterzeugniß betrachtet werden kann; b) wenn ein Kunstwerk als Muster für die zu einem wirklichen, materiellen Gebrauche dienenden Erzeugnisse der Manufacturen, Fabriken und Handwerke benützt worden ist; c) wenn ein durch die Presse veröffentlichtes Product der zeichnenden Kunst in plastischer Form dargestellt wird, oder d) wenn ein nicht blos zur Beschauung, sondern zu einem wirklichen materillen Gebrauche bestimmtes, oder ein zur Verzierung eines Gewerbsproductes dienendes Erzeugniß der Plastik durch die zeichnende Kunst mit oder ohne Farben nachgebildet wird. Daß übrigens der Urheber eines Kunstwerkes, um von dem ausschließenden Rechte der Nachbildung oder Vervielfältigung Gebrauch zu machen, sich dieses bei der Veröffentlichung seines Erzeugnisses ausdrücklich vorbehalten müsse, wurde bereits oben (S. 367) bemerkt.

3) Zu dem ausschließenden Rechte des Urhebers eines musikalischen oder dramatischen Werkes gehört auch jenes der öffentlichen Aufführung (Production). Als eine solche ist übrigens nur jene anzusehen, die nicht vor einem geschlossenen Kreise bestimmter Personen, sondern in der Art stattfindet, daß daran Jedermann Theil nehmen kann *). Hierbei ist es gleichgiltig, in welchem Locale (ob in einem Theater, einer Kirche u. s. w.) und zu welchem Zwecke (ob in der Absicht auf Privatgewinn, zum Zwecke der Erbauung oder der Belustigung u. s. w.) die Aufführung erfolgte; dieser scheint endlich auch die öffentliche Vorlesung eines dramatischen Werkes gleichgehalten werden zu müssen, da auch aus ihr ein oft namhafter pecuniärer Vortheil gezogen werden kann **).

4) Im innigen Zusammenhange mit der unbefugten Vervielfältigung eines literarischen oder artistischen Werkes steht die Verbreitung der so erzeugten Exemplare, durch welche eigentlich erst eine wirkliche Verletzung des Autorrechtes herbei geführt wird. Deßhalb erklärt der §. 12 des Pat. v. J. 1846 den Handel (Debit) mit Erzeugnissen eines kraft des Gesetzes verbotenen, im In- oder Auslande veranstalteten Nachdruckes und jeder anderer demselben gleichgeachteten Vervielfältigung gleichfalls als verboten, er mag von Buch-, Kunst- oder Musikalienhändlern, Buchdruckern, Verlegern oder von wem immer, der sich denselben zum Geschäfte macht, unternommen worden sein.

5) Das Autorrecht ist, wie schon oben (S. 355) erwähnt wurde, auf eine bestimmte Zeit (die s. g. Schutzfrist) eingeschränkt, und es ist

*) Harum, a. a. O. S. 212.
**) Harum, a. a. O. S. 214.

diese daher nach Maßgabe der Umstände im Gesetze noch näher festgestellt. Nach §. 13 desselben erstreckt sich das dem Urheber eines literarischen oder artistischen Werkes eingeräumte ausschließende Recht der Veröffentlichung, Nachbildung und Vervielfältigung desselben (Verlagsrecht) in der Regel nicht blos auf seine ganze Lebenszeit, sondern kommt auch demjenigen, welchem es von ihm übertragen worden ist, oder wenn er nichts anders darüber verfügt hätte, seinen Erben und deren Rechtsnachfolgern noch auf die Dauer von 30 Jahren nach seinem Tode zu. Das Todesjahr des Autors wird hierbei nicht mitgezählt. Ein gleicher Schutz in der Dauer von 30 Jahren, und zwar vom Ablaufe desjenigen zu rechnen, in welchem das Werk zuerst erschienen ist, wird nach §. 14 ebd. zugestanden: a) jenen Werken, bei welchen auf dem Titelblatte oder unter der Zueignung (Dedication) oder am Schlusse der Vorrede der Name des Urhebers nicht ersichtlich ist (anonyme Werke); b) den unter einem andern als dem wahren Namen des Autor's erschienenen (pseudonymen) Werken; jedoch wird hier, so wie bei anonymen Werken vorausgesetzt, daß nicht auf dem Titelblatte, unter der Zueignung oder am Schlusse der Vorrede der Herausgeber, Unternehmer, Besteller genannt ist, welcher in das volle Recht eines Urhebers tritt. Uebrigens steht die Wahrnehmung der Rechte des anonymen oder pseudonymen Autors dem Verleger des Werkes als Stellvertreter zu; c) einem von mehreren genannten Urhebern verfaßten Werke, wenn nicht ein Herausgeber auf die eben gedachte Weise ersichtlich ist; d) den erst nach dem Tode des Urhebers zur Veröffentlichung gelangenden (posthumen) Werken, so wie endlich e) der von den Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern des Urhebers veranstalteten Fortsetzung einer von dem Letzteren begonnenen Ausgabe seines Werkes. — Bei den von Akademien, Universitäten und anderen unter dem besonderen Schutze des Staates stehenden wissenschaftlichen oder artistischen Instituten und Vereinen herausgegebenen Werken erstreckt sich (nach §. 15 ebd.) der gesetzliche Schutz gegen Nachdruck und Vervielfältigung auf die verlängerte Dauer von 50 Jahren. Bei Werken von anderen Gesellschaften und Vereinen tritt die allgemeine Schutzfrist ein. Veranstaltet der Verfasser eines zu einem solchen Werke gelieferten Beitrages eine für sich bestehende vermehrte oder verbesserte Ausgabe dieser seiner Arbeit, so gilt dafür die im §. 13 bestimmte Schutzfrist. — Bei Werken von mehreren Bänden oder solchen, welche heftweise oder sonst in Lieferungen erscheinen, wird, in sofern die verschiedenen Abtheilungen zusammen als ein Ganzes betrachtet werden können, die in den §§. 13—15 bestimmte Schutzfrist für das ganze Werk vom Erscheinen des letzten Bandes oder der letzten Lieferung gerechnet. Nur wenn zwischen der Herausgabe einzelner Abtheilungen ein Zeitraum von wenigstens 3 Jahren verflossen wäre, sind die vorher erschienenen Bände, Hefte u. s. w. als ein für sich bestehendes Werk, und eben so die nach Ablauf der 3 Jahre erscheinenden weiteren Fortsetzungen als ein neues Werk zu behandeln. Bei fortlaufenden Sammlungen von Werken, Abhandlungen u. s. w. über verschiedene Gegenstände wird jedes einzelne Werk, es bestehe aus einem oder mehreren Bänden, Heften u. s. w. als ein Ganzes für sich betrachtet (§. 16 ebd.). In besonders rücksichtswürdigen Fällen, dann zu Gunsten von Urhebern, Herausgebern oder

Verlegern großer, mit bedeutenden Vorauslagen verbundener Werke der Wissenschaft und Kunst können die dem Urheber, dessen Erben und sonstigen Rechtsnachfolgern zugestandenen Schutzfristen von der Staatsverwaltung in Form eines Privilegiums auch noch über die gesetzliche Dauer auf eine weitere bestimmte Anzahl von Jahren erstreckt werden (§. 17 ebd.) Die von der Staatsverwaltung unmittelbar ausgegangenen Acte genießen nach ihrer Veröffentlichung den Schutz des Nachdrucksverbotes, in so lange als dieses von der Staatsverwaltung nicht aufgehoben wird. Eine gleiche Fortdauer des Schutzes über die gesetzliche Frist hinaus hat auch für jene Werke zu gelten, aus denen selbst ersichtlich ist, daß sie auf Befehl der Regierung und mit dem Vorbehalte dieses fortdauernden Schutzes erschienen sind (§. 18 ebd.).

Die zweite Auflage oder Ausgabe (§. 1168 des a. b. G. B.) eines Werkes genießt gleichen gesetzlichen Schutz gegen den Nachdruck, wie die erste, jedoch unbeschadet des Rechtes zum Nachdrucke der ersten Auflage, wenn von deren Erscheinen der gesetzliche Zeitraum verstrichen ist. Dasselbe gilt auch von allen weiteren Auflagen im Verhältnisse zu der vorhergehenden. (§. 20 ebd.) Das ausschließende Recht zur Aufführung eines musikalischen oder dramatischen Werkes erstreckt sich nicht nur auf die ganze Lebenszeit des Autors, sondern kommt auch demjenigen, welchem es von demselben übertragen worden ist, oder wenn er nichts anders darüber verfügt hätte, seinen Erben und deren Rechtsnachfolgern noch bis zum Ablaufe von 10 Jahren nach dem Todesjahre des Urhebers zu (§. 22 ebd.) Ein gleicher Schutz in der Dauer von 10 Jahren, jedoch vom Tage der ersten öffentlichen Aufführung gerechnet, findet Statt: a) wenn das betreffende Werk mehrere genannte Urheber hat; b) bei anonymen und pseudonymen Werken, ohne Unterschied, ob der wahre Name des Verfassers oder Tonsetzers nach geschehener, wenn gleich nur einmaliger öffentlichen Aufführung bekannt wird oder nicht; c) bei posthumen Werken, d. i. solchen, welche erst nach dem Tode des Urhebers von dessen Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern zur ersten Aufführung gebracht werden (§. 23 ebd.).

Nach Ablauf der gesetzlichen oder erweiterten Schutzfrist, oder auch früher, wenn weder ein Erbe, noch sonst ein Rechtsnachfolger des Urhebers mehr vorhanden wäre, dürfen die Werke der Literatur und Kunst in beliebiger Form nachgedruckt und nachgebildet werden (§. 19 ebd.), und es findet ein Heimfallsrecht des Fiscus oder anderer Personen nicht statt (§. 13 ebd.); doch bleibt vor dem in Frage stehenden Zeitpunkte jede frühere Ankündigung untersagt (§. 19 ebd.) Das Pat. v. J. 1846 wurde übrigens auch zu Gunsten aller bei dem Erscheinen desselben bereits vorhandenen und rechtmäßig veröffentlichten Originalwerke insoweit für anwendbar erklärt, als dadurch das literarische und artistische Eigenthum an demselben, sofern es sich nicht schon nach den frühern Vorschriften auf einen längeren Zeitraum erstreckte, durch 10 Jahre vom Tage der Kundmachung des Gesetzes geschützt wird. — Nur ein vor der Kundmachung erlaubter Weise bereits begonnener oder doch gegen Pränumeration angekündigter Nachdruck oder eine demselben gleichgehaltene Vervielfältigung wurde den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht unterworfen (§. 37 des Pat. v. J. 1846).

6) Die unter Z. 4 angegebenen Verletzungen des Autorrechtes ziehen nach unseren Gesetzen eine doppelte Wirkung nach sich; sie begründen einerseits ein Vergehen, welches nach §. 467 unseres Strafgesetzes (§. 740 des Milit. St. G. B.) zu bestrafen kömmt, und führen anderseits die civilrechtliche Verpflichtung herbei, Entschädigung zu leisten. Der §. 467 des St. G., dessen Bestimmungen an die Stelle der §§. 25 u. 26 des Pat. v. J. 1846 getreten sind, verfügt, daß jeder unbefugte Nachdruck und jede demselben in den Gesetzen gleichgeachtete Vervielfältigung oder Nachbildung eines literarischen oder artistischen Productes auf Verlangen des Beeinträchtigten als ein Vergehen zu ahnden sei, und nebst dem, daß die vom Gesetze bestimmte civilrechtliche Entschädigung Platz zu greifen hat, an demjenigen, welcher dieselbe veranstaltet oder zu deren Ausführung wissentlich mitgewirkt hat, oder mit deren Erzeugnissen wissentlich Handel treibt, außer dem Verfalle (Confiscation) der vorhandenen Exemplare, Abdrücke, Abgüsse u. s. w., der Zerlegung des Drucksatzes, und bei Kunstwerken, insofern nicht ein Uebereinkommen zwischen dem Nachbildner und dem Beschädigten etwas Anderes festsetzt, auch der Zerstörung der Platten, Steine, Formen und anderer Objecte, welche ausschließend zur Ausführung dieser Vervielfältigung gedient haben, mit einer Geldstrafe von 25 bis 1000 fl. oder im Falle der Zahlungsunvermögenheit mit Arrest von 5 Tagen bis zu 6 Monaten, und in Fällen der Wiederholung oder nach vorangegangener wenigstens zweimaliger Bestrafung auch mit Verlust des Gewerbes bestraft werden soll. Auch die confiscirten Exemplare sind, insoweit sie nicht durch Uebereinkommen mit dem durch das Vergehen Beschädigten zu dessen Entschädigung verwendet werden, zu vertilgen. — Ebenso ist die dem ausschließenden Rechte des Autors oder seiner Rechtsnachfolger zuwider veranstaltete öffentliche Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes im Ganzen oder mit Abkürzungen und unwesentlichen Abänderungen als Vergehen, außer der Confiscation der unrechtmäßig benützten Manuscripte (Textbücher, Partituren, Rollen) mit einer Geldstrafe von 10 bis 200 fl. oder bei Zahlungsunvermögenheit mit verhältnißmäßigem Arreste zu ahnden.

7) In Ansehung der civilrechtlichen Folgen einer Verletzung des Autorrechtes kommt zu unterscheiden, ob dieselbe auf einem Verschulden des Verletzers beruhe, oder nicht. Fällt dem Verletzer kein Verschulden zur Last, so kann auch von einer Ersatzpflicht desselben keine Rede sein (§. 1295 des a. b. B. B.), wohl aber muß auch in diesem Falle die Fortsetzung der Beeinträchtigung des Autors durch den Verkauf der nachgedruckten (nachgebildeten) Exemplare eingestellt und dafür, daß dieß geschehe, hinreichende Sicherstellung geleistet werden *). Ja auch die weitere Behauptung Harum's (a. a. O. S. 225), daß selbst der schuldlose Nachdrucker den aus seiner objectiv rechtswidrigen Handlung zum Nachtheile des Autors gezogenen Gewinn diesem herausgeben müsse, scheint uns durch die Analogie des §. 824 (s. Bd. 2 S. 818 d. W.) und durch den im §. 1447 uns. G. B. anerkannten Grundsatz, „daß Niemand aus dem Schaden eines Andern Gewinn ziehen dürfe" hinreichend gerechtfertigt zu sein, wiewohl wir das

*) Harum, a. a. O. S. 223.

Gewicht der Gegengründe nichtverkennen, welche vorzüglich in der Analogie des §. 330 unsers G. B. gesucht werden könnten. Ist die Verletzung des Autorrechts durch ein Verschulden (ob absichtlich oder unabsichtlich) herbeigeführt worden, so steht nach §. 27 des Pat. v. J. 1846 dem durch die verbotene Vervielfältigung beeinträchtigten Urheber eines Werkes, so wie dessen Erben und sonstigen Rechtsnachfolgern das Recht auf Entschädigung zu, und es ist ihnen als solche der Werth der von der unbefugten Vervielfältigung abgängigen Exemplare im Verkaufspreise des Originals zuzuerkennen, ohne die Geltendmachung noch weitere Entschädigungsansprüche auszuschließen. Läßt sich die Stärke der unbefugten Vervielfältigung nicht ermitteln, so ist die Zahl der davon abgängigen Exemplare nach Beschaffenheit der Umstände und mit Berücksichtigung des Befundes der Sachverständigen von der Behörde von 25—1000 fl. zu bestimmen. — Dieselbe Modalität der Ausmittlung des zu vergütenden Schadens findet in der Regel auch dann Statt, wenn eine rechtmäßige Original-Auflage des Werkes noch nicht veranstaltet worden, und das später zu erwähnende gütliche Einverständniß nicht zu Stande gekommen ist. — Dem Verleger eines Werkes gebührt (nach §. 28 ebd.) die Entschädigung nach den eben angeführten Bestimmungen nur insofern, als die Zahl der durch verbotene Vervielfältigung erzeugten und abgängigen Exemplare jene der zur Veräußerung vorräthigen Exemplare des Originalwerkes nicht übersteigt. Die Entschädigung welche hinsichtlich der Ueberzahl zu leisten ist, gebührt dem Urheber und dessen Rechtsnachfolgern. In jedem Falle hat der Verleger so viele Originalexemplare, als ihm selbst vergütet worden sind, dem Urheber unentgeltlich zu überlassen, oder sich auf andere Weise darüber mit ihm auszugleichen. Die in Beschlag genommenen Exemplare und anderweitigen Gegenstände unterliegen (zufolge §. 29 ebd.), wenn sie nicht von dem Beschädigten auf Abrechnung der ihm gebührenden Entschädigung, jedoch gegen Vergütung der von dem Nachdrucker auf ihre materielle Beschaffung nothwendig und erweislich verwendeteten Auslagen übernommen werden, der Vertilgung, sobald das Erkenntniß in Rechtskraft erwachsen ist. Auch steht es dem Beschädigten frei, sich mit dem Nachdrucker in dem Falle, wenn vor Erscheinung einer rechtmäßigen Originalausgabe der Nachdruck eines Manuscriptes oder einer Nachschrift veranstaltet worden ist, auf ein Honorar einzuverstehen; hiedurch wird jedoch ein Verlagsvertrag begründet, welcher zwar die Confiscation, nicht aber auch die Fortsetzung der begonnenen Untersuchung und die gesetzliche Strafe aufhebt. — Wer mit den Erzeugnissen des Nachdruckes oder einer derselben gleichgeachteten Vervielfältigung wissentlich Handel treibt, ist (nach §. 30 ebd.) zur Entschädigung zur ungetheilten Hand mit demjenigen verpflichtet, welcher die unerlaubte Vervielfältigung veranstaltet hat. Die verfallenen Exemplare werden vertilgt, sofern sie der Beschädigte nicht auf Abrechnung an seiner Forderung übernehmen will. — Dem durch die unbefugte Aufführung (eines dramatischen oder musikalischen Werkes) beeinträchtigten Autor oder dessen Rechtsnachfolger steht (§. 32 ebd.) der Anspruch auf volle Entschädigung zu, als welche ihm der ganze, entweder mit Beschlag belegte oder nachträglich zu ermittelnde Betrag der Einnahme von jeder Aufführung ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten, und ohne Unterschied, ob

das Werk allein oder in Verbindung mit einem Anderen zur Aufführung kam, mit Vorbehalt der Geltendmachung etwa noch höherer Entschädigungsansprüche zuzuerkennen ist.

8) Begründet die Verletzung des Autorrechtes zugleich ein Vergehen, so ist sowohl die Competenz zur Untersuchung desselben, als das dabei zu beobachtende Verfahren gegenwärtig nach der jetzt geltenden Strafproceßordnung zu bestimmen. Außerdem ist die Beschlagnahme der zur Confiscation geeigneten Gegenstände auf Verlangen des Beschwerdeführers unverweilt zu verfügen, wenn die Eigenschaft des Urhebers (Bestellers, Unternehmers, Herausgebers) eines Werkes und erforderlichen Falles die Erscheinungszeit des Originalwerkes nachgewiesen worden ist. Für diesen Beweis ist kein rechtsgiltiges Beweismittel ausgeschlossen. Insbesondere hat dießfalls bei Kunstwerken die glaubwürdig ausgewiesene Veröffentlichung eines vollendeten Kunstwerkes durch die Zeitungsblätter der Provinz oder die in glaubwürdiger Form abgefaßte Bestätigung eines unter Aufsicht der Staatsverwaltung stehenden Kunstinstitutes als Beweismittel zu gelten. — Will zum Beweise der ersten Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes die übliche gedruckte Annonce benützt werden, so muß ihr eine ämtliche Bestätigung, daß die Aufführung wirklich Statt fand, von Seite der politischen oder polizeilichen Ortsbehörde beigefügt sein (§. 35 d. Pat. v. J. 1846).

Wird überhaupt ein Befund von Sachverständigen erforderlich, so sind diese bei literarischen Werken aus Schriftstellern, Gelehrten und Buchhändlern, bei Kunstwerken aus Künstlern, Kunstverständigen und Kunst- oder Musikalienhändlern zu wählen. (§. 33 ebd.) Uebrigens scheint es keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen, daß gegen die Verletzung des Autorrechtes als eines Privatrechtes nicht nur im Strafrechts-, sondern auch im Civilrechtswege Schutz gesucht und erlangt werden könne, wofür außer der Natur der Sache die Analogie mit den Bestimmungen über den Schutz der Industrieprivilegien zu sprechen scheint *).

9) Nach der Bestimmung des Pat. v. J. 1846 (§. 36) kömmt der Schutz desselben jedem im Inlande erschienenen Werke, ohne Unterschied der Nationalität seines Urhebers zu Statten. Der gleiche Schutz wird (nach §. 38 ebd.) auch den im Gebiete des deutschen Bundes erscheinenden literarischen und artistischen Erzeugnissen eingeräumt, wofern nur nachgewiesen werden kann, daß die in dem Bundesstaate, in welchem das Original erschienen ist, gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen und Förmlichkeiten erfüllt worden sind. — Die im Auslande außer dem deutschen Bundesgebiete erschienenen Werke genießen des, im Gesetze v. J. 1846 ausgesprochenen Schutzes in dem Maaße, als die dießfälligen Rechte den in dem österr. Gebiete erschienenen Werken durch die Gesetze des fremden Staates gleichfalls gesichert sind (§. 39 ebd.); es ist also dießfalls das Princip der materiellen Reciprocität durchgeführt **). Besondere,

---

*) Harum, a. a. O. S. 219. Vgl. auch den in Nr. 19 u. 20 der allg. österr. Ger. Ztg. J. 1856 mitgetheilten Rechtsfall, und das Urtheil des Mailändischen Civiltribunales v. 6. Februar 1856, welches von dem lomb. Oberlandesgerichte im Wesentlichen bestätigt wurde.

**) Harum, a. a. O. S. 366.

zum Theile abweichende Anordnungen enthält der zwischen Oesterreich und Sardinien zum gegenseitigen Schutze des Autorrechtes abgeschlossene Vertrag vom 22. Mai 1840, Nr. 441 der J. G. S., welchem noch im nämlichen Jahre der Kirchenstaat, Modena, Toscana, Lucca und Parma beitraten.

§. 1172.

3) Vertrag zwischen Dienstherren und dem Gesinde.

Die Rechte und Pflichten zwischen den Dienstherren und dem Dienstgesinde sind in den besonderen darüber bestehenden Vorschriften enthalten.

Das Verhältniß zwischen Dienstboten und Dienstgebern ist zwar zunächst privatrechtlicher Natur und beruht auf dem Dienstvertrage; es äußert aber zugleich einen so wichtigen Einfluß auf den Wohlstand der Familien, auf die häusliche Sicherheit, Ruhe und Ordnung, daß die Gesetzgebung es für nothwendig fand, dasselbe durch besondere (politische) Verordnungen zu regeln, welche unter dem Namen der Gesindeordnungen oder Dienstbotenordnungen für die einzelnen Kronländer, und zwar meist abgesondert für die Hauptstadt und für das flache Land erlassen worden sind, und in neuester Zeit eine den gegenwärtigen Verhältnissen entsprechende Umarbeitung erfahren haben *).

§. 1173.

Andere entgeltliche Verträge über Dienste.

Die Verträge, wodurch eine Sache oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird, sind nach den über die entgeltlichen Verträge überhaupt, und insbesondere nach den in diesem Hauptstücke aufgestellten Regeln zu beurtheilen.

Da es nach §. 1151 zum Wesen des Lohnvertrages gehört, daß ein gewisser Lohn in Gelde bedungen werde, so kann ein Vertrag, wodurch eine Sache (außer Geld) oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird, nicht als ein eigentlicher Lohnvertrag angesehen werden; er ist vielmehr ein ungenannter Vertrag, der aber zunächst nach den für den Lohnvertrag aufgestellten Regeln zu beurtheilen kömmt.

§. 1174.

Was Jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurück fordern. In wie fern es der Fiscus einzuziehen

---

*) Vgl. mein Handbuch der öst. Verwaltungsgesetzkunde, 2. Aufl. Bd. II. S. 372; und das Verordnungsblatt der öst. Zeitschrift für innere Verwaltung, Jahrg. 1856 und 1857.

berechtiget sei, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückforderung Statt.

1) Was geradezu unmöglich ist, kann kein Gegenstand eines giltigen Vertrages sein (§. 878), wurde also eine unmögliche Leistung versprochen, so ist das dießfällige Uebereinkommen ungiltig (§§. 698 und 897), und der zugesicherte Lohn kann nicht gefordert werden. Wäre er aber schon geleistet worden, so kömmt zu unterscheiden, ob dem versprechenden Theile die Unmöglichkeit der Leistung bekannt war, oder nicht. Im ersten Falle muß die Absicht zu schenken von Seite des Gebers angenommen werden, und es findet daher (§. 946) keine Zurückforderung statt. Wohl kann aber diese im zweiten Falle Platz greifen, wo die Leistung nur aus Irrthum geschah (§. 1431). Das Gleiche muß gelten, wenn etwas zur Verhinderung einer unmöglichen Handlung gegeben wurde.

2) War die Vornahme einer unerlaubten Handlung Gegenstand eines Vertrages, so ist dieser nach der klaren Anordnung des §. 878 ebenfalls ungiltig. Nichts desto weniger kann dasjenige, was auf Grundlage eines solchen Versprechens bereits geleistet wurde, nicht wieder zurückgefordert werden, die unerlaubte Handlung mag erfolgt sein oder nicht, und der Geber erleidet nur eine gerechte Strafe für seine schändliche Absicht durch den Verlust der gegebenen Sache *). Der Empfänger kann diese behalten, insofern nicht die (politischen oder Straf=) Gesetze ihre Einziehung verfügen, wie dieß z. B. das Wucherpat. v. 2. Decemb. 1803, Nr. 640 der J. G. S., oder die §§. 104 u. 105 des St. G. B. bei der Geschenkannahme in Amtssachen und der Verleitung zum Mißbrauche der Amtsgewalt bestimmen.

3) Wird etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung gegeben, so ist die Absicht des Gebers eine löbliche; das Gesetz gewährt ihm daher das Recht der Zurückforderung, da die Schande nur den Empfänger trifft **), der sich für etwas, wozu er ohnehin verpflichtet war, belohnen ließ.

4) Hat sich der Geber in Bezug auf die Unerlaubtheit der in Frage stehenden Handlung in einem Irrthum befunden, so kömmt nicht der gegenwärtige Paragraph zur Anwendung ***), sondern vielmehr der §. 1431, der die Zurückforderung jedenfalls gestattet.

---

*) Ubi . . . et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus; veluti si pecunia detur, ut male judicetur. fr. 3. Dig. de cond. ob. turp. vel. injust. caus. (12, 5). — . . . si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit. fr. 8. ibd.

**) Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. — Utputa dedi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas; in qua specie Julianus scribit: si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. fr. 1. §. 2, fr. 2. pr. Dig. l. c.

***) Was Jemand wissentlich — heißt es — zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung gegeben hat u. s. w.

5) Verträge, wodurch Jemand bei einer von was immer für einer Behörde veranstalteten öffentlichen Versteigerung als Mitbieter nicht zu erscheinen, oder nur bis zu einem bestimmten Preise, oder sonst nur nach einem gegebenen Maßstabe, oder gar nicht mitzubieten verspricht, sind nach dem Hfkzld. v. 6. Juni 1838, Nr. 277 der J. G. S. ungültig, und auf die für die Erfüllung dieses Versprechens zugesicherten Beträge, Geschenke oder andern Vortheile findet kein Klagerecht statt. Hinsichtlich desjenigen, was dafür wirklich bezahlt oder übergeben worden ist, hat die Anordnung des §. 1174 ihre Anwendung zu finden.

Siebenundzwanzigstes Hauptstück.

Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter.

§. 1175.

Entstehung einer Erwerbsgesellschaft. Begriff.

Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.

1) Eine Gesellschaft überhaupt ist die Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes. Geschieht die Verbindung zur Erzielung eines gemeinschaftlichen Nutzens, so entsteht eine Erwerbsgesellschaft (societas quaestuaria), von welcher allein das gegenwärtige Hauptstück handelt. Gesellschaften, welche andere Zwecke verfolgen (z. B. wissenschaftliche, humanitäre Zwecke u. dgl.), kommen nach den insbesondere für dieselben eingegangenen Bestimmungen, nach den besonderen etwa dafür bestehenden Gesetzen, und nach den Grundsätzen des a. b. G. B. über Verträge im Allgemeinen zu beurtheilen.

2) Die Theilnehmer an einer Gesellschaft vereinigen entweder ihre Dienste (Mühe), oder ihre Sachen, oder beides zugleich, und der Gesellschaftsvertrag ist deßhalb als ein entgeltlicher anzusehen, weil jeder Gesellschafter aus dem Seinigen etwas beiträgt, wofür er in den Leistungen der übrigen Mitglieder ein Entgelt erhält.

3) Daß der gemeinschaftliche Erwerb ein erlaubter sein müsse, folgt schon aus der Verfügung des §. 26. (Vgl. Bd. 1, S. 141 d. W.)

§. 1176.

Eintheilung.

Je nachdem die Mitglieder einer Gesellschaft nur einzelne Sachen oder Summen, oder eine ganze Gattung von Sachen, z. B. alle Waaren, alle Früchte, alle liegenden Gründe, oder

endlich ihr ganzes Vermögen ohne Ausnahme der Gemeinschaft widmen, sind auch die Arten der Gesellschaft verschieden, und die Gesellschaftsrechte mehr oder weniger ausgedehnt.

Betrachtet man die Erwerbsgesellschaft rücksichtlich ihres Umfanges, so erstreckt sie sich entweder auf das ganze Vermögen (universelle Gesellschaft), oder nur auf einen Theil desselben (particuläre Gesellschaft) und im letzteren Falle wieder auf eine Gattung von Sachen (generelle Gesellschaft oder auf ein einzelnes Object (specielle Gesellschaft).

§. 1177.

Wenn ein Gesellschaftsvertrag auf das ganze Vermögen lautet, so wird doch nur das gegenwärtige darunter verstanden. Wird aber auch das künftige Vermögen mit begriffen, so versteht man darunter nur das erworbene, nicht das ererbte; außer es wäre beides ausdrücklich bedungen worden.

1) Die erste, in dem vorstehenden Paragraphe ausgesprochene Vermuthung gründet sich darauf, daß man annehmen muß, die Parteien hätten nur dasjenige Vermögen im Auge gehabt, das zur Zeit der Abschließung des Vertrages schon vorhanden war, und nicht auf künftige, ganz unbestimmte Vermehrungen desselben Rücksicht genommen.

2) Wurde dagegen auch das künftige Vermögen ausdrücklich mitbegriffen, so ist darunter im Allgemeinen doch nur das erworbene zu verstehen. Hierbei gibt aber der Ausdruck „erwerben" immerhin manchem Zweifel Raum. Streng genommen würde unter dem Erworbenen nur dasjenige begriffen sein, was durch eigene Thätigkeit (Fleiß, Bemühung) erlangt wird, so daß Geschenke, Erwerbungen durch Glücksfälle u. dgl. davon ausgeschlossen wären *). In diesem engeren Sinne scheint aber das Wort „erwerben" hier nicht genommen werden zu dürfen, da es dem „ererben" entgegengesetzt wird, so daß es als gleichbedeutend mit jeder Vermehrung des Vermögens erscheint, die durch Acte unter Lebenden erfolgt. Eben dieses Gegensatzes wegen muß auch der Ausdruck „ererben" im weiteren Sinne verstanden werden, wornach jede Vermögensübertragung von Todeswegen, sei es auf Grundlage einer Erbeseinsetzung, eines Vermächtnisses (wohl auch einer als Vermächtniß giltigen Schenkung auf den Todesfall nach §. 956) **), eines Erbvertrages, oder im Wege der Intestaterbfolge darunter begriffen erscheint.

---

*) In diesem Sinne nimmt das römische Recht den Ausdruck „quaestus". Quaestus enim intelligitur, qui ex opera cujusque descendit. — Nec adjecit Sabinus hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa, sive non mortis causa. fr. 8 et 9. Dig. pro socio (17, 2).

**) Anderer Meinung ist Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4, S. 395.

§. 1178.

Form der Errichtung

Gesellschaftsverträge, welche sich nur auf das gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, sind ungültig, wenn das von dem einen und dem andern Theile eingebrachte Gut nicht ordentlich beschrieben und verzeichnet worden ist.

1) Im Allgemeinen kann der Gesellschaftsvertrag, gleich jedem andern Vertrage (§. 883), mündlich oder schriftlich, vor Gericht oder außerhalb desselben, vor einem Notare, mit oder ohne Zeugen errichtet werden *). Eine Ausnahme macht das Gesetz bloß für den Fall, wenn die allgemeine Gütergemeinschaft (§. 1176) sich nur auf das gegenwärtige, oder nur auf das künftige Vermögen beziehen soll, indem es hierbei die ordentliche Verzeichnung und Beschreibung des eingebrachten Gutes anordnet, um künftigen Streitigkeiten wirksam vorzubeugen. Wiewohl nun unter dem Ausdrucke „eingebrachtes" Vermögen eigentlich dasjenige zu verstehen ist, was der Gemeinschaft unterzogen wird, so scheint doch bei einer, bloß auf das zukünftige Vermögen sich beziehenden Gesellschaft die Verzeichnung des zur Zeit ihrer Eingehung vorhandenen, wenn gleich eben nicht eingebrachten Vermögens zu genügen, weil durch die Ausscheidung desselben jederzeit ermittelt werden kann, was in die Gemeinschaft fällt **).

2) Das Gesetz fordert eine ordentliche Verzeichnung und Beschreibung; eine bloß summarische Angabe würde daher nicht genügen, und die Gesellschaft lediglich als eine particuläre, auf die angegebene Summe beschränkte erscheinen. — Das Verzeichniß, welches über das Vermögen aufgenommen wird, macht nach dem Hofd. v. 12. Jänner 1833, Nr. 2588 der J. G. S. einen Bestandtheil des Vertrages über die Gemeinschaft aus, und kann von demselben nicht getrennt werden; es muß daher, um beweiskräftig zu sein, von den Parteien gehörig unterfertigt werden ***).

§. 1179.

Wie der gesellschaftliche Vertrag unter Handelsleuten zu errichten, in die gehörigen Register einzutragen und öffentlich bekannt zu machen sei, bestimmen die besonderen Handels- und politischen Gesetze. Werden nur einzelne Geschäfte gemeinschaftlich betrieben, so ist genug, wenn der darüber errichtete Vertrag in den Handlungsbüchern erscheint.

1) Schon die Fallitenordnung vom 18. August 1734 (Abthl. I. Absatz 5) verfügte, „daß ein öffentlicher oder apertus socius (einer Hand-

---

*) Societatem coïre et re, et verbis, et per nuntium posse nos, dubium non est. fr. 4. pr. Dig. l. c. (17, 2).

**) Vgl. Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4, S. 396. — Nippel, Erläut. Bd. 6, S. 487.

***) Die entgegengesetzte Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 6, S. 487) stellt sich demnach als offenbar unrichtig dar.

lung) beim Mercantil- oder Wechselgerichte, auch in den Oblatoriis ausdrücklich benennet, ein so anderes allda protokollirt, und die Raggion mit Ausdrückung des Socii Namens oder doch mit beständiger Zusetzung der Worte „und Compagnie" geführt werde," — und daß „betreffend die heimlichen Socios, welche bei einer Handelschaft keinen Namen, aber dabei einen Antheil haben, zwar auch dieselben qua tales oder als Mitinteressirte bei dem Mercantilgerichte namhaft zu machen, und mit ihrem Einlagscapital, item wegen des Gewinnes und Verlustes, auch wegen der Zeit der fürwähren sollenden Compagnie und übrigen zwischen ihnen machenden Conventionen zu protokolliren seien." — Dieselbe Bestimmung wiederholte der VIII. Art. der Wechselordnung v. 1. October 1763, so wie die weiteren, derselben nachgebildeten Wechselordnungen vom 2. April 1765, 22. Juli 1775 und 10. October 1797. — Nach dem Hofkammerd. vom 29. Sept. 1812, Nr. 1007 der J. G. S. kömmt die Verpflichtung zur Protokollirung der (Firmen- und) Societäts-Contracte (so wie die Fonds-Ausweisung) von dem Befugnisse zur Protokollirung (und Fonds-Ausweisung) wesentlich zu unterscheiden. Verpflichtet sind hierzu nur diejenigen Handels- und Gewerbsleute, in Ansehung welcher bestimmte Verordnungen bestehen, welche die Protokollirung bei ihnen ausdrücklich vorschreiben. Befugt zur Protokollirung (und Fonds-Ausweisung) sind aber alle jene Handelsleute, Professionisten und Fabrikanten, welche zwar nicht in die vorige Kategorie gehören, welchen aber nach dem Hofdecrete v. 24. Febr. 1792 auch das Recht zusteht, trockene Wechsel auszustellen. Diesen steht, in so lange sie keine Wechsel ausstellen, frei, ihre (Firmen- und) Societäts-Contracte vormerken zu lassen oder nicht, jedoch muß in allen Fällen ohne Ausnahme, wo eine protokollirte Firma durch den Ausdruck: et Compagnie, auf einen Gesellschafter hindeutet, und wo Wechsel mit diesem Beisatze ausgestellt werden wollen, auch der Gesellschaftscontract protokollirt werden.

Diese Verordnung wurde durch das Hofd. v. 7. Mai 1813, Nr. 1047 der J. G. S. noch dahin erläutert, daß nur die eine öffentliche Societätsfirma führenden Gewerbsleute zur Protokollirung ihrer Contracte . . . verbunden seien. — Nach dem Codice di Commercio (Tit. IV) können die Gesellschaften im Collectiv-Namen (in nome collectivo) und die Commandit-Gesellschaften (società in accommandita) durch einen öffentlichen Act oder durch Privaturkunden, die anonymen Gesellschaften (società anonime) aber nur durch einen öffentlichen Act begründet werden. Bei den ersteren beiden Arten von Gesellschaften muß ein Auszug aus dem Begründungsacte binnen 14 Tagen nach der Ausfertigung desselben dem competenten Handelstribunale überreicht, in die Register desselben eingetragen, und durch 3 Monate im Gerichtssaale affigirt werden. Bei anonymen Gesellschaften kömmt außer dem Begründungsacte auch noch das Regierungsdecret, welches die Errichtung einer solchen Gesellschaft genehmigt, in dem Gerichtssaale zu affigiren.

Für Ungarn und dessen ehemalige Nebenländer bestimmt der XVIII. Gesetzartikel des Reichstages v. J. 1840 (§§. 4, 20, 21 u. 23), daß die Societäts-Contracte schriftlich ausgefertiget, und dem Gerichtsprotokolle

eingeschaltet werden sollen *). Nur die Aufnahme eines stillen Gesellschafters (eines äußeren Gesellschaftsgliedes, Commanditärs) muß zwar ebenfalls schriftlich geschehen, braucht aber nicht protokollirt zu werden.

Nach der für Siebenbürgen erlassenen Justiz-Min.-Vrdg. v. 20. Jänner 1855, Nr. 13 des R. G. Bl., müssen Gesellschaftsverträge, welche Handelsleute, Fabrikanten oder Gewerbsleute in Bezug auf ihren Geschäftsbetrieb schließen, sie mögen zwischen öffentlichen Gesellschaftern allein, oder zwischen öffentlichen und stillen geschlossen werden, bei dem Handelsgerichte protokollirt werden (§. 86). Bei Actiengesellschaften kommt sowohl der über die Gründung errichtete Vertrag, als die Statuten und die Genehmigung der politischen Behörde bei dem Handelsgerichte zu protokolliren (§. 41 ebd.). Gleichlautend hiermit ist die neueste Vrdg. v. 16. Sept. 1857, Nr. 168 des R. G. Bl. über die Führung der Handlungsprotokolle in Böhmen, Mähren und Schlesien. — Zur Gründung von Actienvereinen endlich, d. i. solchen Vereinen, bei welchen das erforderliche Capital durch Actien, d. h. durch bestimmte, mittelst der Erwerbungsarten des bürgerlichen Rechtes übertragbare Theilbeträge an dem gesellschaftlichen Unternehmungsfonde, auf welche sich die Haftung der Theilnahme beschränkt, aufgebracht werden soll, ist die besondere Bewilligung der Staatsverwaltung, und zwar des Ministers des Innern erforderlich. (Pat. v. 26. Nov. 1852, Nr. 263 des R. G. Bl. §§. 1 u. 3.)

2) Diejenigen gesellschaftlichen Verbindungen, die nicht zu einem fortdauernden Geschäftsbetriebe, sondern lediglich zur Unternehmung eines oder mehrerer einzelner Geschäfte eingegangen werden, heißen Gelegenheitsgesellschaften (società in partecipazione nach dem Codice di commercio). Sie sind von weit geringerem Belange, als die übrigen Handelsgesellschaften, und deßhalb nicht den gleichen Förmlichkeiten unterworfen. Es genügt daher, wenn sie in den Handlungsbüchern erscheinen, oder, wie der Codice di commercio ausdrücklich hervorhebt, in anderem Wege (durch die darüber geführte Correspondenz oder durch Zeugen) erwiesen werden.

§. 1180.

Der Vertrag über eine Gemeinschaft des ganzen sowohl gegenwärtigen als künftigen Vermögens, welcher gewöhnlich nur zwischen Ehegatten errichtet zu werden pflegt, ist nach den in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten hierüber ertheilten Vorschriften zu beurtheilen. Die gegenwärtigen Vorschriften beziehen sich auf die übrigen Arten der durch Vertrag errichteten Gütergemeinschaft.

Nach preußischem und französischem Rechte **) ist eine allgemeine Gütergemeinschaft, welche das ganze, sowohl gegenwärtige als zukünftige

---

*) Die Competenz der Gerichte zur Protokollirung bestimmt die Justiz-Minist.-Vdg. v. 15. März 1855, Nr. 50 des R. G. Bl.

**) Allg. preuß. Landrecht. I. Thl. Tit. 17. §. 176. — Code Nap. Art. 1837.

Vermögen umfaßt, nur unter Ehegatten zulässig, die ohnehin in der innigsten Gemeinschaft leben. Unsere Gesetzgebung gestattet sie zwar auch anderen Personen, da aber ein solcher Fall doch nur selten vorkommen dürfte, so wurden die darauf bezüglichen Bestimmungen der Lehre von den Ehepacten (§§. 1233—1236) eingereiht.

§. 1181.

Wirkung des Vertrages und des wirklichen Beitrages.

Der Gesellschaftsvertrag gehöret zwar unter die Titel, ein Eigenthum zu erwerben; die Erwerbung selbst aber, und die Gemeinschaft der Güter oder Sachen kommt nur durch die Uebergabe derselben zu Stande.

1) Aus dem Gesellschaftsvertrage entspringt unmittelbar für jedes Mitglied das persönliche Recht, von den übrigen Mitgliedern die Leistung dessen zu verlangen, wozu sie sich verbindlich gemacht; demnach sowohl die versprochenen Dienste, als auch den zugesicherten Beitrag (Einlage) zu fordern. Ein dingliches Recht auf die einzubringenden Gegenstände wird aber nach dem Systeme unseres Gesetzbuches (§§. 380, 425, 451, 481 u. s. w.) dadurch allein noch nicht begründet; der Gesellschaftsvertrag bildet bloß den Titel der Erwerbung; um diese selbst zu bewirken, muß noch die Uebergabe als Erwerbungsart hinzutreten. Wie diese zu bewerkstelligen sei, kömmt nach allgemeinen Grundsätzen (§§. 426—431) zu beurtheilen; nur ist hierbei noch insbesondere Rücksicht zu nehmen, daß die Gesellschaft als juristische Person einen Vertreter haben muß, durch welchen der ihr anklebende Mangel der Handlungsfähigkeit ersetzt wird (vgl. Bd. I, S. 146 d. W.), und daß daher die Uebergabe an diesen Vertreter zu geschehen habe.

2) So lange die Uebergabe nicht erfolgt ist, bleibt die zu übergebende Sache, wenn sie gleich schon für die Gesellschaft bestimmt, im Alleineigenthum des einzelnen Mitgliedes, dem sie gehört; es können daher noch von dritten Personen Rechte (z. B. Pfandrechte) wirksam darauf erworben werden, und den Schaden, der sie vor der Uebergabe trifft, hat nicht die Gesellschaft, sondern der einzelne Gesellschafter zu tragen.

§. 1182.

Hauptstamm.

Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäftes bestimmt worden ist, macht das Capital oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus. Das Uebrige, was jedes Mitglied besitzt, wird als ein abgesondertes Gut betrachtet.

1) Wenn die Gesellschaft keine universelle ist, so kann jedes Mitglied außer dem, was es in die Gesellschaft eingebracht hat, auch noch ein abgesondertes Vermögen besitzen, und über dasselbe, wenn sich gleich (wie im Falle des §. 1204 bei s. g. offenen Gesellschaftern) die Haftung darauf erstrecken sollte, frei verfügen; ja es wird, selbst in Beziehung auf die Gesellschaft, wie das Vermögen einer dritten Person angesehen.

2) Das Capital oder der Hauptstamm der Gesellschaft besteht zunächst aus den der Gemeinschaft unterzogenen Gegenständen, wenn sie schon wirklich eingebracht sind (§. 1181), und wenn dieß noch nicht geschah, aus dem (Forderungs-) Rechte auf Leistung des Versprochenen.

§. 1183.

Wenn Geld, verbrauchbare, oder zwar unverbrauchbare, jedoch in Geldwerth angeschlagene Sachen eingelegt werden; so ist nicht nur der daraus verschaffte Nutzen, sondern auch der Hauptstamm in Rücksicht der Mitglieder, welche hierzu beigetragen haben, als ein gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen. Wer nur seine Mühe zum gemeinschaftlichen Nutzen zu verwenden verspricht, hat zwar auf den Gewinn, nicht aber auf den Hauptstamm einen Anspruch (§. 1192).

1) Die Einlagen der Gesellschaftsmitglieder können entweder in das Eigenthum der Gesellschaft übergehen, oder es kann nur der Gebrauch derselben überlassen werden. Ersteres wird, abgesehen von einem besonderen Uebereinkommen, vermuthet: a) wenn Geld oder andere verbrauchbare Sachen eingelegt werden, weil dieselben ihrer Natur nach ohne ihre Zerstörung, Verzehrung oder Veräußerung keinen Nutzen gewähren (§. 301); b) bei jenen Sachen, die zwar an sich unverbrauchbar sind, aber in Geldwerth angeschlagen wurden, weil sich annehmen läßt, daß die Parteien, welche sie eingebracht, sich mit dem Schätzungswerthe begnügen wollen.

2) Sind die unverbrauchbaren Sachen (z. B. Gebäude, Maschinen) nicht in Geldwerth angeschlagen worden, oder geschah die Schätzung ausdrücklich nur zum Zwecke der Gewinnstvertheilung, so wird nur der Gebrauch derselben gemeinschaftlich: das Eigenthum bleibt dem einzelnen Theilhaber.

3) Wer der Gesellschaft bloß seine Mühewaltung verspricht, trägt zum Hauptstamme (§. 1182) nichts bei, hat daher auch auf denselben keinen Anspruch; nur ausnahmsweise kann (nach §. 1192) der Werth der Arbeiten ausdrücklich zum Capitale geschlagen werden, wobei aber in jedem einzelnen Falle nach den Umständen erwiesen werden müßte, daß der Werthsanschlag nicht bloß zum Behufe der Vertheilung des Gewinnes erfolgte.

§. 1184.

Rechte u. Pflichten der Mitglieder. Beitrag zum Hauptstamme (Fond).

Jedes Mitglied ist, außer dem Falle einer besonderen Verabredung verbunden, einen gleichen Antheil zum gemeinschaftlichen Hauptstamme beizutragen.

Möglichste Gleichheit der Rechte und Verbindlichkeiten ist überhaupt das Princip des gesellschaftlichen Verhältnisses. Hieraus rechtfertigt sich

auch die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen, die mit der Vermuthung des §. 839 ebenfalls im Einklange steht *).

§. 1185.

In der Regel sind alle Mitglieder verbunden, ohne Rücksicht auf ihren größeren oder geringeren Antheil, zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich mitzuwirken. Mitwirkung.

Die Mitwirkung zum gemeinschaftlichen Nutzen liegt schon im Begriffe der Gesellschaft, und es ist in der Regel jedes Mitglied dazu verpflichtet (s. die Ausnahmen im §. 1187); über das Maß dieser Mitwirkung entscheidet die Größe der zum Hauptstamme gemachten Einlagen nicht, denn es ist hierbei mehr auf die persönlichen Eigenschaften (den Eifer, die Geschicklichkeit, den Credit) der Theilhaber abgesehen. Für die größere Einlage enthält der Einlegende ohnehin einen größeren Antheil am Gewinne (§. 1193) und bei der Theilung des Hauptstammes (§. 1215) einen größeren Antheil an diesem.

§. 1186.

Kein Mitglied ist befugt, die Mitwirkung einem Dritten anzuvertrauen; oder Jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen; oder ein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft zu unternehmen.

1) Da bei der Eingehung des gesellschaftlichen Verhältnisses auf die persönlichen Eigenschaften der einzelnen Mitglieder besondere Rücksicht genommen wird, so ist es begreiflich, daß kein Theilhaber befugt ist, seine Mitwirkung einem Dritten anzuvertrauen, und diesen dadurch gleichsam an seiner Statt der Gesellschaft aufzudringen. Wohl ist aber jeder Gesellschafter befugt, seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen, der zu seinem Privatvermögen gehört, an einen Andern abzutreten (§. 829), gleichwie es auch seinen Privatgläubigern nicht verwehrt werden kann, denselben mit Beschlag zu belegen. Immer aber wird hierdurch nur eine rechtliche Beziehung zu dem betreffenden Mitgliede selbst, nicht aber auch zu den übrigen Theilhabern oder zur Gesellschaft als solcher begründet.

2) Auch das Verbot der Aufnahme eines Dritten in die Gesellschaft, ohne Zustimmung der übrigen Gesellschaftsglieder, fließt aus der Natur des gesellschaftlichen Verhältnisses. Anders gestaltet sich die Sache bei den Actiengesellschaften, da es hier im Begriffe der Actie liegt, daß dieselbe mittelst der Erwerbungsarten des bürgerlichen Rechtes auf andere Personen übertragen werden könne (§. 1 des Pat. v. 26. Nov. 1852, Nr. 263 des R. G. Bl.).

---

*) Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. fr. 29. Dig. l. c. (17, 2).

3) Das gesellschaftliche Verhältniß beruht wesentlich auf dem Vertrauen, daß jedes Mitglied die Interessen der Gesellschaft wie seine eigenen wahrnehmen werde. Im Widerspruche hiermit wäre es, wenn einem einzelnen Theilhaber gestattet würde, ein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft zu betreiben, wiewohl er sonst über sein abgesondertes Vermögen (§. 1182) nach Belieben verfügen kann. Welches Nebengeschäft als ein der Gesellschaft schädliches zu betrachten sei, müßte wohl in jedem einzelnen Falle aus den obwaltenden Umständen entnommen werden. Bei Handelsgesellschaften würde insbesondere ein, der gesellschaftlichen Unternehmung Concurrenz bietendes (also ein gleichartiges) Geschäft darunter zu begreifen sein. — Die Folge einer Ueberschreitung dieses Verbotes würde darin bestehen, daß der betreffende Theilhaber gezwungen werden könnte, das schädliche Nebengeschäft aufzugeben, wohl auch aus der Gesellschaft auszuscheiden (§. 1210), und daß er allen aus seiner Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet wäre (§. 1295); keineswegs könnte aber — abgesehen von einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, die sich eben in unserem Rechte nicht vorfindet — behauptet werden, daß die von dem einzelnen Mitgliede für eigene Rechnung gemachten Geschäfte auf Verlangen der Gesellschaft so anzusehen seien, als ob sie für Rechnung der Gesellschaft geschlossen worden wären.

§. 1187.

Die Pflichten der Mitglieder werden durch den Vertrag genauer bestimmt. Wer sich bloß zur Arbeit verbunden hat, der ist keinen Beitrag schuldig. Wer lediglich einen Geld= oder andern Beitrag verheißen hat, der hat weder die Verbindlichkeit noch das Recht, auf eine andere Art zu dem gemeinschaftlichen Erwerbe mitzuwirken.

1) Die Pflichten der Mitglieder einer Gesellschaft werden in der Regel durch ihren Vertrag oder die Gesellschaftsstatuten näher bestimmt, da das Gesetz sich damit begnügen mußte, die allgemeinen Gesichtspuncte festzustellen.

2) Die Beschränkung der Theilhaber auf bloße Geldbeiträge findet insbesondere bei Actiengesellschaften statt, deren Angelegenheiten daher auch durch besonders aufgestellte (gewählte) Vertreter besorgt werden. Im Falle einer solchen Beschränkung ist den einzelnen Theilhabern die Einmischung in die gesellschaftlichen Angelegenheiten nicht einmal gestattet, da hierzu eine besondere Einsicht und Geschicklichkeit erfordert wird, die nicht bei jedem Mitgliede vorausgesetzt werden kann *). Hierdurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein solches Mitglied jederzeit die Einsicht der Rechnungen verlangen könne (§. 1199).

*) Im Einklange hiermit verfügt der codice di commercio (Buch 1. Tit. 4, Art. 27), daß der stille Gesellschafter (socio accommendante) keine Verwaltungshandlungen für die Gesellschaft vornehmen kann.

§. 1188.

Bei der Berathschlagung und Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten sind, wenn keine andere Verabredung besteht, die in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes gegebenen Vorschriften anzuwenden (§§. 833—842).

Da es keinen wesentlichen Unterschied begründet, ob sich die Gemeinschaft auf einen Vertrag, oder auf einen andern Rechtstitel gründet, so verweist das Gesetz bezüglich der Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten auf diejenigen Bestimmungen, die in den §§. 833 — 842 rücksichtlich der Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache aufgestellt sind.

§. 1189.

Die Mitglieder können zu einem mehreren Beitrage, als wozu sie sich verpflichtet haben, nicht gezwungen werden. Fände jedoch bei veränderten Umständen ohne Vermehrung des Beitrages die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes gar nicht Statt; so kann das sich weigernde Mitglied austreten, oder zum Austritte verhalten werden. Nachschuß zum Hauptstamme.

1) Die Höhe des zu leistenden Beitrages ist eine der wesentlichsten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages; sie kann daher einseitig, ohne Zustimmung sämmtlicher Gesellschaftsglieder nicht abgeändert, insbesonders kein s. g. Nachschuß zu dem Hauptstamm gefordert werden.

2) Sollte der Fall eintreten, daß ohne Vermehrung der Beiträge der Gesellschaftszweck nicht erreicht werden könnte, so würde nach §. 1205 die Auflösung der Gesellschaft Platz greifen müssen. Selbst für diesen Fall können die Mitglieder zu einer höheren Leistung, als wozu sie sich verpflichtet haben, nicht verhalten werden. Anderseits soll aber durch die Weigerung eines Einzelnen den übrigen, welche sich Behufs der Fortsetzung des gesellschaftlichen Unternehmens zu einem Nachschuße herbeilassen wollen, dießfalls kein Hinderniß in den Weg gelegt werden. Das Gesetz gestattet deßhalb, den sich Weigernden, wenn er nicht selbst austreten will, zum Austritte zu verhalten. In diesem Fall würde er jedoch jenen Antheil am Hauptstamme zu fordern berechtiget sein, welcher auf ihn entfallen würde, wenn das zur Zeit seines Austrittes vorhandene Gesellschaftsvermögen nach den Grundsätzen des §. 1215 zur Vertheilung käme. Doch scheint die Behauptung Nippel's (Erläut. Bd. 7 S. 506) ganz richtig zu sein, daß der austretende Gesellschafter sich in diesem Falle mit der Vergütung des Schätzungswerthes begnügen müsse, wenn die Theilung in natura oder die gerichtliche Versteigerung der zu vertheilenden Sache (z. B. eines Fabriksgebäudes) die übrigen Mitglieder hindern würde, die Gesellschaft fortzusetzen.

§. 1190.

Betrieb der anvertrauten Geschäfte.

Wird Einem oder einigen Mitgliedern der Betrieb der Geschäfte anvertraut; so sind sie als Bevollmächtigte zu betrachten. Auf ihre Berathschlagungen und Entscheidungen über gesellschaftliche Angelegenheiten sind ebenfalls die oben (§§. 833—842) erwähnten Vorschriften anzuwenden.

1) Namentlich bei größeren Gesellschaften erscheint es als zweckmäßig, den Betrieb der Geschäfte Einem oder mehreren Mitgliedern anzuvertrauen, da die Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten durch die Gesammtheit der Gesellschaft mit manchen Unzukömmlichkeiten verbunden wäre. Der mit der Verwaltung Beauftragte ist sohin als ein Bevollmächtigter anzusehen, und es kommen auch hier wieder die in den §§. 833—842 aufgestellten Grundsätze zur Anwendung.

2) Bei Actiengesellschaften ist die Verwaltung der Geschäfte durch ein dazu bestelltes Organ (Direction, Verwaltungsrath u. dgl.) in dem Begriffe einer solchen Vereinigung gelegen. Das Pat. v. 26. Novemb. 1852 bestimmt dießfalls, daß nebst der zur Geschäftsleitung bestimmten Direction auch ein Ausschuß der Vereinsmitglieder aufgestellt werden könne, welcher die Aufgabe hat, fortwährend in die Gebarung der Direction Einsicht und auf die Geschäftsführung jenen Einfluß zu nehmen, der in den Statuten näher zu bestimmen ist. Wurde kein solcher Ausschuß bestellt, so muß wenigstens Einmal im Jahre eine Generalversammlung der Actien-Inhaber abgehalten werden, um einen ausführlichen Bericht über die Geschäftsführung und den Stand des Unternehmens, so wie die Vorlage der Rechnungen entgegenzunehmen.

3) Es unterliegt übrigens keinem Zweifel, daß die Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten auch Personen übertragen werden kann, welche der Gesellschaft gar nicht als Theilgenossen angehören. Der Codice di Commercio (Buch 1, Tit. 4, Art 31) bestimmt dieß ausdrücklich in Beziehung auf die Verwaltung der anonymen Handelsgesellschaften.

§. 1191.

Haftung für den Schaden.

Jedes Mitglied haftet für den Schaden, den es der Gesellschaft durch sein Verschulden zugefügt hat. Dieser Schaden läßt sich mit dem Nutzen, den es der Gesellschaft sonst verschaffte, nicht ausgleichen. Hat aber ein Mitglied durch ein eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft von einer Seite Schaden, und von der anderen Nutzen verursacht; so soll eine verhältnißmäßige Ausgleichung Statt finden.

1) Nach den Bestimmungen des römischen Rechtes ist jede Gesellschaft verpflichtet, in Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten jenen Fleiß anzu-

wenden, den er seinen eigenen Geschäften angedeihen läßt *). Unser Gesetzbuch hat dießfalls keine besondere Verfügung getroffen, vielmehr die allgemeinen Grundsätze über die Pflicht zum Schadenersatze (§§ 1295 u. ff.) auch hier für anwendbar erklärt. Die Gesellschaftsglieder haften demnach nicht nur für den durch böse Absicht, sondern auch für den aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes verursachten Schaden, mag dieser aus einer positiven Handlung oder aus einer Unterlassung entstanden sein.

2) Da ein Gesellschaftsglied, welches zum Nutzen der Gesellschaft thätig gewesen, nur seine Pflicht erfüllte, so ist es vollkommen im Rechte begründet, daß es den Nutzen, den es der Gesellschaft verschaffte, nicht gegen den Schaden, den es ihr verursachte, in Abrechnung bringen kann **).

3) Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Gesellschafter über die Grenzen seiner Verpflichtung hinausging, und — versteht sich für Rechnung der Gesellschaft, — ein neues Geschäft unternahm, worunter wohl ein solches verstanden werden muß, zu dem er nicht beauftragt war. Hier kämen eigentlich die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag (1037) zur Anwendung, und auf diese scheint auch der etwas vage Ausdruck des Gesetzes hinzudeuten, zu Folge dessen eine „verhältnißmäßige Ausgleichung" stattfinden soll.

§. 1192.

Das Vermögen, welches nach Abzug aller Kosten und erlittenen Nachtheile über den Hauptstamm zurück bleibt, ist der Gewinn. Der Hauptstamm selbst bleibt ein Eigenthum derjenigen, welche dazu beigetragen haben; außer es wäre der Werth der Arbeiten zum Capitale geschlagen, und Alles als ein gemeinschaftliches Gut erklärt worden. Vertheilung des Gewinnes.

1) Die Ausmittlung des Gewinnes oder Verlustes kann nur durch Rechnungsabschluß (Ziehung der Bilanz bei Kaufleuten) geschehen. Es ist zu diesem Ende ein Inventarium zu errichten und der reine Vermögensstand durch Abzug der Passiven von dem Activstande zu eruiren. Uebersteigt dieser den ursprünglichen Hauptstamm und die allenfalls dazu geleisteten Nachschüsse, so ist ein Gewinn vorhanden, der nach den Bestimmun-

*) Socius socio etiam culpae nomime tenetur, i. e. desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem socium sibi adquirit, de se queri debet fr. 72. Dig. l. c. (17, 2). Vergl. auch fr. 52 §. 2 ibid.

**) Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia ejus perisset, quod in plerisque aliis industria ejus societas aucta fuisset. Et hoc ex appellatione Imperator pronuntiavit. — Et ideo si socius quaedam negligenter in societate egisset, et in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, ut Marcellus l. VI. Dig. scripsit. fr. 25 u. 26. Dig. l. c. (17, 2).

gen der folgenden Paragraphe zu behandeln kömmt. Bei dieser Berechnung sind die der Gesellschaft eigenthümlichen Sachen (Waarenvorräthe, Gebäude, Maschinen u. dgl.) nach dem Werthe in Anschlag zu bringen, den sie zur Zeit der Errichtung des Inventars haben. Wurde dagegen bloß der Gebrauch einer Sache an die Gesellschaft überlassen (§. 1183), so kömmt nur der Schätzungswerth in Betrachtung, um den die Sache bei ihrer Uebergabe an die Gesellschaft veranschlagt wurde *).

2) Wie bei der Theilung des Hauptstammes vorzugehen sei, ist im §. 1215 enthalten. Vgl. übrigens die oben S. 384 Z. 3 gemachten Bemerkungen.

§. 1193.

Der Gewinn wird nach Verhältniß der Capitals-Beiträge vertheilt, und die von allen Mitgliedern geleisteten Arbeiten heben sich gegen einander auf. Wenn ein oder einige Mitglieder bloß arbeiten, oder nebst dem Capitals-Beitrage zugleich Arbeiten leisten, so wird für die Bemühungen, wenn keine Verabredung besteht, und die Gesellschafter sich nicht vereinigen können, der Betrag mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Geschäftes, die angewendete Mühe und den verschafften Nutzen vom Gerichte bestimmt.

§. 1194.

Besteht der Gewinn nicht in barem Gelde, sondern in anderen Arten der Nutzungen; so geschieht die Theilung nach der in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes enthaltenen Vorschrift (§§. 840—843).

1) Der Gewinn entsteht theils aus den Capitalseinlagen, theils aus den geleisteten Arbeiten, es kömmt daher bei Vertheilung desselben auf beide diese Momente Rücksicht zu nehmen. Hier können nun folgende Fälle Platz greifen:

a) Alle Mitglieder haben Capitalseinlagen geleistet, aber keine Arbeit übernommen, diese ist vielmehr eigens dazu bestellten Lohndienern übertragen, ein Fall, der namentlich bei Actiengesellschaften leicht eintreten kann. Hier ist lediglich die Größe des Beitrages zum Stammfonde als Maßstab der Vertheilung des Gewinnstes anzunehmen, wobei noch insbesondere zu erinnern kömmt, daß im Zweifel die Antheile als gleich groß angesehen werden müßten (§. 839), die Vertheilung also nach Köpfen zu geschehen hätte. Bei Actiengesellschaften findet die Vertheilung des Gewinns insbesondere in der Gestalt von Dividenden statt, indem die als Gewinn zu vertheilende Summe nach der Zahl der Actien in gleiche Theile getheilt wird.

---

*) Nippel, Erläuter. Bd. 7. S. 510.

b) Haben alle Mitglieder Capitalsbeiträge geleistet, und zugleich gearbeitet, so wird die Vertheilung ebenfalls nach dem unter a) aufgestellten Grundsatze vorgenommen. Die Arbeiten werden als sich gegenseitig ausgleichend angesehen, da sich das Werthsverhältniß derselben nur schwer ermitteln ließe und zu vielfachen Streitigkeiten Anlaß gäbe.

c) Wenn Ein oder einige Mitglieder bloß arbeiten, ohne einen Capitalsbeitrag zu leisten, so wie

d) wenn von denjenigen, welche Capitalseinlagen geleistet haben, nur Einer oder einige zugleich auch arbeiten, so kann eine gegenseitige Aufhebung der Arbeitsleistungen (wie unter b) nicht statt finden, sondern es muß auf die Arbeiten insbesondere Rücksicht genommen, und für die dießfälligen Bemühungen ein entsprechender Lohn ausgemittelt werden, der vorerst aus dem Ueberschuße der Einnahmen zu bestreiten kömmt. Die Momente, die den Richter bei Bestimmung dieses Lohnes zu leiten haben, sind im Gesetze angegeben; insbesondere ist dabei aber immer zu berücksichtigen, daß der arbeitende Gesellschafter (nach §. 1197) die Gefahr trägt, seine Bemühungen gänzlich einzubüßen, daher seine Entlohnung jedenfalls höher, als die eines gewöhnlichen Dieners auszumessen sein dürfte. Der nach Auszahlung dieser Lohnbeträge erübrigende Rest kömmt sohin nach den unter a) aufgestellten Grundsätzen unter diejenigen Mitglieder zu vertheilen, welche Capitalseinlagen gemacht haben. Der s. g. industrielle Gesellschafter, der bloß arbeitet, hat keinen Anspruch darauf, es wäre denn (nach §. 1192) der Werth seiner Arbeiten zum Capitale geschlagen worden.

2) Der Gewinnstantheil eines jeden einzelnen Gesellschafters wird ein abgesondertes Eigenthum desselben, fällt also seiner freien Verfügung anheim, und kann von seinen Gläubigern auch schon vor der Vertheilung eventuell mit Beschlag belegt werden.

§. 1195.

Die Gesellschaft kann einem Mitgliede, seiner vorzüglichen Eigenschaften oder Bemühungen wegen, einen größeren Gewinn bewilligen, als ihm nach seinem Antheile zukäme; nur dürfen dergleichen Ausnahmen nicht in gesetzwidrige Verabredungen oder Verkürzungen ausarten.

§. 1196.

Eine solche gesetzwidrige Verabredung ist der Vertrag, wodurch jemand für ein eingelegtes Capital einerseits sich gegen alle Gefahr des Verlustes, sowohl in Rücksicht des Capitals als der Zinsen sicher stellet, und von aller Mitwirkung befreiet; anderseits aber dennoch einen die rechtlichen Vertragszinsen übersteigenden Gewinn bedinget.

1) Die Vertheilung des Gewinnstes geschieht in der bisher erörterten Weise nur dann, wenn die Parteien nichts anderes verabredet haben; dies steht ihnen aber innerhalb gewisser Grenzen allerdings frei. So kann z. B. einem Gesellschafter, dessen Persönlichkeit für die Geschäftsführung oder aus andern Gründen von besonderem Werthe scheint, ein größerer Gewinn bewilliget, oder die Bestimmung getroffen werden, daß er an dem Verluste gar nicht, oder nur in einem geringeren Maße Theil nehmen solle.

2) Auch der Vertrag, durch welchen Jemanden, der weder eine Einlage noch Arbeiten geleistet, ein Gewinnstantheil zugestanden wird, müßte als Schenkung (§. 916) aufrecht erhalten werden *).

3) Umgekehrt würde auch die s. g. societes leonina **), vermöge welcher ein Gesellschafter von allem Gewinne ausgeschlossen erscheint, und nur die Gefahr des Verlustes auf sich nimmt, als eine Schenkung zu betrachten kommen, vermöge welcher das betreffende Mitglied seine Einlage oder Arbeit unentgeltlich leistet.

4) Würde sich Jemand für sein eingelegtes Capital gegen alle Gefahr des Verlustes sowohl in Ansehung des Stammfondes selbst, als der Zinsen sicherstellen, so kömmt zu unterscheiden, ob er sich auch von aller Mitwirkung befreit hat oder nicht. Im ersten Falle ist eigentlich ein bloßer Darlehensvertrag (§. 916) vorhanden, bei welchem das gesetzliche Maß der Zinsen (§§. 994 u. 996) nicht überschritten werden darf. Im letzteren Falle dagegen ist der die rechtlichen Vertragszinsen übersteigende Gewinn als eine Entlohnung für die geleisteten Bemühungen anzusehen und das Uebereinkommen daher giltig.

§. 1197.

Vertheilung des Verlustes.

Hat die Gesellschaft ihre Einlage ganz oder zum Theile verloren, so wird der Verlust in dem Verhältnisse vertheilet, wie im entgegengesetzten Falle der Gewinn vertheilt worden wäre. Wer kein Capital gegeben hat, büßt seine Bemühungen ein.

1) Ein Verlust tritt dann ein, wenn die Auslagen der Gesellschaft aus ihren Einnahmen nicht bestritten werden können, folglich der Stammfond angegriffen werden muß. Die Billigkelt fordert, daß die Vertheilung dieses Abganges in derselben Weise vorgenommen werde, wie im entgegengesetzten Falle die Vertheilung des Gewinnstes statt gefunden hätte.

---

*) Anders war es nach römischen Rechte, wo es im fr. 5. §. 2. Dig. l. c. heißt: Donationis causa societas recte non contrahitur.

**) Das römische Recht verwirft auch diese Gesellschaft. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coïri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. fr. 29. Dig. l. c. (17, 2).

2) Hat ein Mitglied kein Capital gegeben, sondern bloß gearbeitet, so kann es der Natur der Sache nach keine andere Einbuße leiden, als daß es für seine Bemühungen den erwarteten Vortheil nicht erlangt. Wurde ihm der Werth seiner Arbeit zu Capital angeschlagen (§. 1192), so würde es bei der schlüßlichen Vertheilung des Stammfonds (§. 1215) allerdings einen verhältnißmäßigen Abzug erleiden müssen. Hätte es endlich den Gewinn früherer Jahre nicht herausgenommen, so ist es in Ansehung desselben lediglich als ein Gläubiger der Gesellschaft zu betrachten, und kann demnach damit nicht in Anspruch genommen werden, ausgenommen wenn es eingewilligt hätte, daß ihm der unbehobene Gewinn als Capital zu Gute geschrieben werde*).

§. 1198.

Die Mitglieder, denen die Verwaltung anvertrauet ist, sind verbunden, über den gemeinschaftlichen Hauptstamm und über die dahin gehörigen Einnahmen und Ausgaben ordentlich Rechnung zu führen und abzulegen. Rechnungslegung.

Die Führung ordentlicher Rechnungen ist ein nothwendiges Mittel, um die gesellschaftlichen Angelegenheiten in Evidenz zu halten. Die Mitglieder, denen die Verwaltung derselben anvertraut ist, sind als Machthaber anzusehen, und demnach zu Folge §. 1012 verpflichtet, so oft es verlangt wird, Rechnung abzulegen. Diese kann von jedem Theilhaber (§. 830) zu jeder Zeit eingesehen werden (§. 1190); doch sind die dießfälligen Kosten, wenn die Rechnungslegung nicht ohnehin nach den Bestimmungen des nächstfolgenden Paragraphen statt finden muß, von dem betreffenden Mitgliede aus Eigenem zu bestreiten.

§. 1199.

Die Schlußrechnung und Theilung des Gewinnes oder Verlustes kann vor Vollendung des Geschäftes nicht gefordert werden. Wenn aber Geschäfte betrieben werden, die durch mehrere Jahre fortdauern und einen jährlichen Nutzen abwerfen sollen; so können die Mitglieder, wenn anders das Hauptgeschäft nicht darunter leidet, jährlich sowohl die Rechnung, als die Vertheilung des Gewinnes verlangen. Uebrigens kann jedes Mitglied zu jeder Zeit auf seine Kosten die Rechnungen einsehen.

1) Der Regel nach kann die Vertheilung des Gewinnes oder Verlustes und deßhalb auch die Rechnungslegung als ein nothwendiges Mittel zur Feststellung derselben nur nach Vollendung des Geschäftes gefordert werden.

---

*) Nippel, Erläuterung Bd. 7. S. 519.

2) Eine Ausnahme hiervon greift Platz, wenn das Geschäft zwar durch mehrere Jahre fortdauert, aber jährlich Nutzen abwirft. In diesem Falle ist es für jeden Theilnehmer wünschenswerth, sowohl den Stand seines Vermögens (durch die Rechnungslegung) zu erfahren, als den entsprechenden Vortheil aus dem Geschäfte zu ziehen, demnach auch die Vertheilung des Gewinnes zu verlangen. Dagegen würde diese Forderung als unstatthaft erscheinen, wenn das Hauptgeschäft darunter leiden würde, worüber im Falle widerstreitender Ansichten der Richter zu entscheiden hätte *).

3) Der Natur der Sache nach müßte ein Abschluß der Rechnungen und eine Vertheilung des Gewinnes und Verlustes auch dann Platz greifen, wenn ein Mitglied aus der Gesellschaft austritt, oder aus derselben ausgeschlossen wird, weil dasselbe nur bis zu diesem Zeitpuncte an den Vortheilen und Nachtheilen der Gesellschaft Theil zu nehmen hat. (Vergl. §. 1213.)

§. 1200.

Wer sich mit der bloßen Vorlegung des Abschlusses (Bilanz) begnügt, oder auch seinem Rechte, Rechnung zu fordern, entsagt hat, kann, wenn er einen Betrug auch nur in einem Theile der Verwaltung beweiset, sowohl für den vergangenen Fall als für alle künftigen Fälle, auf eine vollständige Rechnung dringen.

Es geschieht manchmal, daß ein Gesellschaftsmitglied zur Vermeidung von Weitläufigkeiten und zu Erleichterung des Geschäftsganges dem Rechte, die Rechnungsvorlage zu verlangen, ganz entsagt, oder sich mit der bloßen Bilanz begnügt, welche lediglich die Ergebnisse der Gebarung mit dem Gesellschaftsvermögen zusammenfaßt. Eine solche Verzichtleistung kann nur auf dem Vertrauen in die Redlichkeit des Geschäftsführers beruhen. Wird dieses einmal getäuscht, so rechtfertigt sich die Schlußverfügung des §. 1200 vollkommen.

§. 1201.

Verhältniß gegen Nichtmitglieder.

Ohne die ausdrückliche oder stillschweigende rechtliche Einwilligung der Mitglieder oder ihrer Bevollmächtigten kann die

---

*) Hinsichtlich der Handelsgesellschaften verfügt die Fallitenordnung vom 18. August 1734 „daß das Capital in der Handlung verbleiben und nichts davon eher ausgezogen werden solle, bis das Negotium bei dem Mercantilgerichte ordentlich dissolvirt und mit den Creditoren alle Richtigkeit gepflogen worden ist, daß mithin der Darleher oder socius von seinem eingelegten Capital über Abzug der gemeinsamen, bei dem Mercantilgericht auszumachenden Unkosten nur 6 % Interessen, u. z. nur in jenem Falle herausnehmen könne, wenn bei der zu Ende jeden Jahres gezogenen Bilanz ein über 6 % steigender reeller Gewinn sich klar und richtig zeiget; und da auch ein Darleher oder socius von dem gegenwärtig etwa vorhandenen ergiebigen Gewinne ein Mehreres als gedachte 6 % herausnähme, wären sie diese Uebermaß der Raggion bei künftig sich äußerndem Abgange zu ersetzen schuldig.“

Gesellschaft einem Dritten nicht verbindlich gemacht werden. Bei Handelsleuten begreift das kundgemachte, Einem oder mehreren Mitgliedern ertheilte Recht, die Firma zu führen, nämlich alle Urkunden und Schriften im Namen der Gesellschaft zu unterschreiben, schon eine allseitige Vollmacht in sich (§. 1028).

1) Dritten Personen gegenüber genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen (§. 26), können aber auch wie diese mit Verbindlichkeiten belastet werden; da ihnen jedoch an und für sich betrachtet, keine Handlungsfähigkeit innewohnt, so muß dieser Mangel, wie schon Bd. 1, S. 146 d. W. bemerkt wurde, künstlich durch Vertretung ersetzt werden. Es handelt sich demnach um die Beantwortung zweier Fragen, nämlich wer für eine Gesellschaft Rechte und Verbindlichkeiten begründen könne, und in wie weit dadurch jedes einzelne Mitglied berechtiget und verpflichtet werde? *)

2) Die erste Frage ist zunächst aus der Verfassung (den Statuten) einer jeden einzelnen Gesellschaft zu beantworten; in Ermanglung ausdrücklicher Bestimmungen gelten die im §. 1188 bezogenen Vorschriften der §§. 833—842, wornach in der Regel die Zustimmung aller Theilhaber zur Vornahme einer Rechtshandlung nothwendig ist, in jenen Angelegenheiten aber, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, die nach Verhältniß der Antheile zu zählende Mehrheit der Stimmen entscheidet.

3) Außerdem kann die Gesellschaft auch durch ihre Bevollmächtigten berechtiget und verpflichtet werden (vgl. §. 1017). Wer als Bevollmächtigter anzusehen sei, und wie weit seine Vollmacht reiche, kommt nach den über den Bevollmächtigungsvertrag überhaupt bestehenden Vorschriften zu beurtheilen. Bei Handelsgesellschaften ist jeder öffentliche Gesellschafter schon als solcher, ohne eine besondere Vollmacht erhalten zu haben, befugt, Rechte für die Gesellschaft zu erwerben, und ebenso derselben Verbindlichkeiten aufzulasten, vorausgesetzt, daß er im Namen der Gesellschaft gehandelt **).

4) Ingleichen finden auch die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§. 1035—1040), so wie über die Verwendung einer Sache zum Nutzen eines Andern (§§. 1041 u. 1042) auf Gesellschaften ihre volle Anwendung. Endlich trifft diese auch die Verpflichtung zum Schadensatze, wenn sie einen solchen durch ihr Verhalten herbeigeführt hat (vgl. Bd. 1, S. 146 d. W. inbesondere Note *). In wie fern sie für den Schaden hafte, der durch ihren Bevollmächtigten verursacht wurde, wird bei den §§. 1313—1316 erörtert werden.

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 560.

**) Wenn er „auf der Compagnie Namen contrahirt," wie sich der VIII. Art. der Weselordng. v. 1. Octob. 1763 ausdrückt. — Vgl. auch Buch I. Tit. 4, Art. 22 des Cod. di Commercio.

§. 1202.

Ein Mitglied, welches nur mit einem Theile seines Vermögens in der Gesellschaft steht, kann ein von dem gemeinschaftlichen abgesondertes Vermögen besitzen, worüber es nach Belieben zu verfügen berechtiget ist. Rechte und Verbindlichkeiten, die ein Dritter gegen die Gesellschaft hat, müssen also von den Rechten und Verbindlichkeiten gegen einzelne Mitglieder unterschieden werden.

§. 1203.

Was also jemand an ein einzelnes Mitglied, und nicht an die Gesellschaft zu fordern oder zu zahlen hat, kann er auch nur an das einzelne Mitglied, und nicht an die Gesellschaft fordern oder bezahlen. Eben so hat aber bei gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Antheil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Falle, welcher bei Handelsleuten vermuthet wird, daß Alle für Einen und Einer für Alle etwas zugesagt oder angenommen haben.

1) Bei einer particulären Gesellschaft muß, wie wir schon oben (S. 383) angedeutet haben, das Gesellschaftsvermögen von dem abgesonderten Vermögen eines jeden einzelnen Theilhabers unterschieden werden. Jenes haftet für die gesellschaftlichen Schulden, dieses für die Schulden der einzelnen Mitglieder; von den Privatgläubigern derselben kann daher nicht das Gesellschaftsvermögen, sondern nur jener Theil des letzteren (eventuell) in Anspruch genommen werden, welcher bei der Vertheilung des Gewinnes und der Auseinandersetzung des gesellschaftlichen Stammcapitales dem betreffenden Gesellschafter zufällt *).

2) Hinsichtlich der weiteren Frage, in welchem Maaße jedes einzelne Mitglied an den gesellschaftlichen Forderungen und Schulden betheiliget erscheine, gilt als Regel, daß sie nur nach Verhältniß ihrer Antheile (pro rata) berechtiget und verpflichtet werden (§. 889), da die Gesellschaft allein noch keine Correalität begründet **).

*) Vrdng. v. 20. Jänner 1855. Nr. 13 des G. Bl. §. 32 und Vrdng. v. 16. September 1857, Nr. 168 ebd. §. 32. — Vrgl. Ellinger: „Eine Ansicht der Praxis bei Gelegenheit der Fondsanweisung eines öffentlichen Associirten für seine Separathandlung" (Jurist. Bd. 5, S. 143). — Bei einem über eine Gesellschaft ausgebrochenen Concurse können demnach auch die gegen einen einzelnen Gesellschafter entstandenen Ansprüche nicht aus dem Gesellschaftsvermögen, sondern nur aus dem in die Concursmasse einbezogenen Privat- oder Sondervermögen des gedachten Gesellschafters befriedigt werden. — S. den in Nr. 85 der allg. österr. Ger. Ztg. Jhg. 1852 mitgetheilten Rechtsfall und den Civilrechtsfall von Kitka im Jurist. Bd. 15, S. 263.

**) Dieß gilt auch nach römischem Rechte. fr. 44, §. 1. Dig. de aedil. edict. (21, 1); fr. 4. pr. Dig. de exercit. act. (14, 1); u. a. m.

3) Eine Ausnahme findet dann statt, wenn die Gesellschaftsglieder Alle für Einen und Einer für Alle etwas zugesagt oder angenommen haben (§§. 891 u. 892), — ferner bei Handelsgesellschaften, in so fern nicht ausdrücklich das Gegentheil verabredet, und gehörig bekannt gemacht wurde *). Da das Gesetz hierbei zwischen den s. g. offenen (öffentlichen) und geheimen (stillen) Gesellschaftern nicht unterscheidet, so dürfte die Vermuthung der solidarischen Haftung auch bei letzeren eintreten, wiewohl die (älteren) handelsrechtlichen Normen sich nicht klar hierüber aussprechen **), ja der Wortlaut des Art. VIII. der W. O. v. 1. Octob. 1763 sogar der entgegengesetzten Ansicht als Stütze zu dienen scheint ***).

§. 1204.

Die geheimen Mitglieder einer Handlungsgesellschaft, solche nämlich, welche ihr einen Theil des Fondes auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben, aber nicht als Mitglieder angekündiget worden sind, haften in keinem Falle mit mehr als mit dem dargeliehenen Capitale. Die kund gemachten Mitglieder haften mit ihrem ganzen Vermögen.

1) Die Unterscheidung zwischen offenen und stillen Gesellschaftern ist schon in den mehrfach angeführten Stellen der Fallitenordnung vom

*) Daß eine solche Verabredung gestattet sei, scheint daraus hervorzugehen, daß das Gesetz nur die Vermuthung einer solidarischen Haftung aufstellt, diese aber nicht geradezu anordnet. Wenn wir anderseits verlangen, daß eine solche Verabredung gehörig (in den Mercantilprotocollen, Oblatorien 2c.) kundgemacht werde, so glauben wir mit den Bestimmungen unserer Gesetze über die Führung der Handlungsprotokolle im Einklange zu stehen.

**) In der Falliten-Ordg. J. 1734 heißt es im 9. Art, d. I. Abth.: „Es sind auch diese socii particulares mit dem Quanto ihres eingelegten Fundi, oder nach Inhalt und Beschaffenheit des bei dem Mercantilgerichte protokollirten Societätscontractes einen gewissen Antheil des sich äußernden Verlustes zu tragen, mithin um den übrigen Abgang in solidum zu stehen nicht schuldig.“ — Der Cod. di Comm. schweigt über diese Frage gänzlich, ebenso die Minist.-Vrdg. v. 20. Jänner 1855 u. 16. September 1857, dagegen heißt es im §. 33 des XVIII. Ges. Art. v. J. 1840, „daß der Gläubiger einer protokollirten Gesellschaft den stillen Gesellschafter bis zum Belaufe seiner Einlage, dann und in soweit in solidum belangen könne, wann und wie weit er von den übrigen Gesellschaftern seine Befriedigung im Proceß- und Executionswege nicht erlangen konnte“. Außerdem bleibt dem stillen Gesellschafter noch die Einwendung vorbehalten, daß er seine ganze Einlage geleistet, und nichts als die Zinsen dafür erhalten habe.

***) „Die heimlichen socii hingegen, welche bei einer Handelsgesellschaft keinen Namen und nur einen gewissen Antheil des Verlustes zu tragen haben, sind in solidum zu haften nicht verbunden, wie ein so anderes in der Falliten-Ordnung v. 18. August 1734, mit mehreren enthalten ist.“ — Einen Versuch, selbst diese Stelle mit der Ansicht für die solidarische Haftung der geheimen Handelsgesellschafter in Einklang zu bringen, macht Wildner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1838. II. S. 221.

J. 1734 begründet, und ebenso die Bestimmung, daß der geheime Gesellschafter nur mit seiner Einlage, der öffentliche dagegen mit seinem ganzen Vermögen zu haften habe, so wohl daselbst, als in der W. O. v. J. 1763 (Art. VIII.) dann im Cod. di Comm. Buch I. Tit. 4, Art. 22 u. 26; in den §§. 1, 34 u. 35 des XVIII. Ges. Art. v. J. 1840, dann im §. 33 der Minist.=Verordng. v. 20. Jänner 1850, u. v. 16. September 1857 ausgesprochen.

Auch bei Actiengesellschaften gilt der Grundsatz, daß sich die Haftung der Theilnehmer auf den Betrag der Actien beschränke (§. 1 des Ges. v. 26. Novemb. 1852, §. 40 der Vdg. v. 20. Jänner 1850, u. v. 16. September 1857).

2) Der §. 1204 bezeichnet als geheime Gesellschafter diejenigen, „welche der Gesellschaft einen Theil des Fondes auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben;“ allein mit Recht hat schon Winiwarter *) hervorgehoben, daß dieser Ausdruck nur im uneigentlichen Sinne gebraucht ist, und daß zwischen stillen Gesellschaftern und bloßen Gläubigern der Gesellschaft noch immer ein wichtiger Unterschied obwaltet, indem Jene mit ihrem Beitrage auf Gewinn und Verlust beigetreten sind, und mit ihren Einlagen solidarisch haften müssen, während die Forderung Dieser unverändert bleibt, die Gesellschaft mag gewonnen oder verloren haben.

§. 1205.

Auflösung der Gesellschaft und Austritt aus derselben.

Die Gesellschaft löset sich von selbst auf, wenn das unternommene Geschäft vollendet, oder nicht mehr fortzuführen; wenn der ganze gemeinschaftliche Hauptstamm zu Grunde gegangen; oder wenn die zur Dauer der Gesellschaft festgesetzte Zeit verflossen ist.

1) Die Aufhebung der Gesellschaft ist entweder eine totale oder eine partielle, jenachdem diese entweder in Beziehung auf alle, oder nur auf einzelne Mitglieder aufgelöst wird.

2) Die Fälle der ersten Art sind:

a) wenn das Geschäft, welches den Gegenstand der Gesellschaft bildete (z. B. der Verkauf einer Schiffsladung) beendet ist**), oder

b) wenn die Durchführung desselben unmöglich geworden, indem z. B. der Gegenstand der Unternehmung dem Verkehre entzogen wurde ***);

c) wenn der ganze gemeinschaftliche Hauptstamm zu Grunde gegangen ist, und die Theilhaber sich nicht etwa zu einem Nachschusse herbeilassen, da in diesem Falle das Geschäft nicht weiter fortgeführt werden kann;

*) Bürg. Recht. Bd. 4, S. 413.

**) Idem si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas. §. 6. Inst. de soc. (3, 25).

***) .... neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est, neque ejus, quae consecrata publicatave sit. fr. 63. §. 10. Dig. l. c. (17, 2). S. auch fr. 58. pr. ib.

d) wenn die Zeit, für welche die Gesellschaft geschlossen wurde, abgelaufen ist, und nicht eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Erneuerung stattgefunden hat *);

e) wenn die Mitglieder übereinkommen, die Gesellschaft aufzulösen **).

§. 1206.

Die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gehen in der Regel nicht auf die Erben eines Mitgliedes über. Doch sind diese, wenn mit ihnen die Gesellschaft nicht fortgesetzt wird, berechtiget, die Rechnungen bis auf den Tod des Erblassers zu fordern und berichtigen zu lassen. Sie sind aber im entgegengesetzten Falle auch verbunden, Rechnungen zu legen, und zu berichtigen.

1) Da bei der Eingehung einer Gesellschaft wesentlich auf die persönlichen Eigenschaften der in eine solche Verbindung tretenden Personen Rücksicht genommen zu werden pflegt, so ist es erklärbar, daß das Gesetz, abweichend von der allgemeinen Bestimmung des §. 918, die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten nicht auf die Erben der Gesellschafter übergehen läßt, vielmehr den Tod als eine (wenigstens partielle) ***) Erlöschung der Gesellschaft betrachtet; um so mehr als eine erzwungene Gemeinschaft leicht zu Streitigkeiten Anlaß geben kann †). Die Erben des verstorbenen Gesellschafters sind also in der Regel (s. die Ausnahme im §. 1208) nicht verpflichtet, die Gesellschaft fortzusetzen; aber auch umgekehrt können die übrigen Gesellschafter nicht genöthiget werden, sie in der Gesellschaft zu behalten; wohl aber kann mit beiderseitiger Einwilligung (§. 1186) eine neue Gesellschaft unter ihnen errichtet werden ††).

2) Ebenso gehen auch die aus der bisherigen Dauer der Gesellschaft bereits begründeten Rechte und Verbindlichkeiten allerdings

---

*) Societas coïri potest vel in perpetuum id est dum vivunt, vel ad tempus. fr. 1. pr. Dig. l. c. — Quodsi tempus finitum est, liberum est recedere, quin sine dolo malo id fiat. fr. 65. §. 6 in fine ibid.

**) Manet autem societas eousque, donec in eodem consensu perseveraverint. §. 4. Inst l. c. (3, 25). — Diximus dissensu solvi societatem; hoc ita est, si omnes dissentiunt. fr. 65. §. 3. Dig. l. c. (17, 2).

***) In wie fern die Gesellschaft nach dem Tode Eines Mitgliedes unter den übrigen fortdauert, ist in dem nächstfolgenden Paragraphe enthalten.

†) Schon im fr. 77. §. 20. Dig. de legat II. heißt es ... quum discordiis propinguorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare. Ebenso bekannt ist der Spruch: societas est mater discordiarum.

††) Nemo potest societaten heredi suo sic parare, ut ipse heres socius sit. — Plane si hi, qui sociis heredes exstiterant, animum inierint societatis in ea hereditate novo consensu, quod postea gesserunt, efficeretur, ut in pro socio actionem deducatur. fr. 35 u. 37, Dig. l. c. (17, 2). — Vgl. auch fr. 52, §. 9, u. fr. 65, §. 11 ibd.

auf die Erben des verstorbenen Gesellschaftsmitgliedes über. Diese haben somit nicht nur auf den ihm gebührenden Antheil am Stammfonde Anspruch (§. 1215), sondern sie können auch die Vertheilung des bis auf den Tod des Erblassers entfallenen Gewinnes (§. 1193), und zum Behufe der Bemessung desselben Rechnungslegung (§. 1199) verlangen. Sie sind aber auch anderseits*) verpflichtet, selbst Rechnung zu legen, wenn der Verstorbene mit der Verwaltung der Geschäfte betraut war (§. 1198), so wie das etwa in seinem Nachlasse vorfindige Gesellschafsvermögen herauszugeben, den von ihm verursachten Schaden zu ersetzen **) und den bis zu seinem Tode eingetretenen Verlust verhältnißmäßig zu tragen (§. 1197).

§. 1207.

Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen; so erlischt sie durch das Absterben der Einen. Besteht sie aus mehreren; so wird von den übrigen Mitgliedern vermuthet, daß sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen. Diese Vermuthung gilt auch überhaupt von den Erben der Handelsleute.

1) Das Ableben eines einzelnen Gesellschaftsmitgliedes würde an und für sich betrachtet die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen, wenn deren noch mehrere vorhanden sind, nicht unmöglich machen; da aber ein solcher Todesfall immerhin eine bedeutende Aenderung in den gesellschaftlichen Verhältnissen, — sei es in Beziehung auf den Stammfond, sei es rücksichtlich der Geschäftsführung oder des Credites der Unternehmung — herbeiführen kann, so verfügte schon das römische Recht***), daß selbst bei dem Absterben eines Mitgliedes die Gesellschaft rücksichtlich aller Gesellschafter aufgelöst werde, wenn nicht ursprünglich eine andere Verabredung getroffen worden war. Unsere Gesetzgebung hat die entgegengesetzte Vermuthung aufgestellt, so daß es also einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrage bedarf, wenn nach dem Tode Eines Gesellschafters den übrigen das Recht zustehen soll, aus der Gesellschaft auszuscheiden, wie auch aus der Fassung des §. 1211 hervorzugehen scheint, welcher wegen des Ablebens eines Mitgliedes die Aufkündigung des Gesellschaftsvertrages nur dann gestattet, wenn der Betrieb des Geschäftes vorzüglich von dem Verstorbenen abhing †).

*) Das Gesetz gebraucht hier den nicht ganz richtigen Ausdruck: „im entgegengesetzten Falle." Vgl. Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 4, S. 415.

**) In heredem socii ... proponitur actio, ut bonam fidem praestet, — et acti etiam culpam, quam is praestaret, in cujus locum successit, licet socius non sit. fr. 35 u. 36. Dig. l. c. (17, 2).

***) Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coïta sit, plures vero supersint, nisi in coëunda societate aliter convenerit. fr. 65. §. 9. Dig. l. c. (17, 2).

†) Vergl. Nippel's Erläut. Bd. 7, S. 532.

2) Bei Handelsgesellschaften vermuthet das Gesetz, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden wolle, da durch den Austritt derselben der Handlungsfond meistens geschmälert würde, und eine bereits im Betriebe stehende Handlung oft einen namhaften Gewinn abwirft. Die Erben des Handlungsgesellschafters sind demnach verpflichtet, in der Gesellschaft zu bleiben, und die übrigen Gesellschaftsglieder müssen sie in dieselbe aufnehmen, wenn nicht schon im Gesellschaftsvertrage das Gegentheil festgesetzt worden war.

§. 1208.

Lautet der von Personen, die keine Handelsleute sind, errichtete Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auch auf ihre Erben; so sind diese, wenn sie die Erbschaft antreten, verpflichtet, sich nach dem Willen des Erblassers zu fügen; allein auf die Erbeserben erstreckt sich dieser Wille nicht, noch weniger vermag er eine immerwährende Gesellschaft zu begründen (§. 832).

1) Nach römischem Rechte war das Uebereinkommen, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen solle, unzuläßig *); unser Gesetzbuch hat dagegen eine solche Verabredung für statthaft erklärt **), und es sind im Falle derselben die Erben aus dem Antritte der Erbschaft (§. 817), die übrigen Gesellschafter aber unmittelbar aus dem getroffenen Uebereinkommen zur Fortsetzung der Gesellschaft verpflichtet. Doch hat das Gesetz, wahrscheinlich aus dem schon oben (S. 399) angeführten Grunde, die Beschränkung beigefügt, daß diese Verpflichtung nur die nächsten Erben treffe, welche als eingesetzte Erben oder Nacherben, oder kraft der gesetzlichen Erbfolge unmittelbar nach dem Verstorbenen in den Nachlaß desselben eintreten, daß sie sich jedoch nicht auf die Erbeserben erstrecke, und daß noch weniger durch ein solches Abkommen eine immerwährende Gesellschaft begründet zu werden vermöge.

2) Da nach §. 774 der Pflichttheil von jeder denselben einschränkenden Bedingung oder Belastung freibleiben muß, so kann der Notherbe zur Fortsetzung der Gesellschaft nicht verhalten werden, wenn er sich mit seinem Pflichttheile begnügt (§. 808).

3) Hat der Erblasser bloß einseitig seinen Erben die Fortsetzung der Gesellschaft zur Pflicht gemacht, so sind diese zwar verbunden, seinem Auftrage nachzukommen (§. 709); für die übrigen Gesellschafter wird jedoch dadurch keine Verpflichtung begründet, sie in der Gesellschaft zu behalten, da nach §. 1186 Niemanden das Recht zusteht, für sich allein neue Mitglieder in die Gesellschaft aufzunehmen.

---

*) Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. fr. 59. pr. Dig. l. c. (17, 2).

**) Daß sie bei Handelsgesellschaften nicht einmal nothwendig sei, erhellt aus dem eben vorhergehenden Paragraphe.

4) Bei Actiengesellschaften liegt es im Wesen ihres Begriffes, daß die Mitgliedschaft mit dem Eigenthume der Actie an die Erben des Actionärs übergeht (§. 1 des Pat. v. 26. Nov. 1852).

§. 1209.

Wenn der Erbe die von dem Verstorbenen für die Gesellschaft übernommenen Dienste zu erfüllen nicht im Stande ist; so muß er sich einem verhältnißmäßigen Abzuge an dem ausgemessenen Antheile unterziehen.

1) Wenn die Gesellschaft mit dem Erben eines verstorbenen Mitgliedes fortgesetzt wird, so kann es oft geschehen, daß dieser nicht im Stande ist, jene Dienste zu leisten *), welche dem Verstorbenen oblagen (§. 1185); es muß daher die Besorgung der dießfälligen Geschäfte entweder einem Andern übertragen werden, oder die Gesellschaft muß ihrer ganz entbehren. Deßhalb ist es billig, daß der eingetretene Erbe sich einen, mit der von seiner Seite unerfüllt gebliebenen Verpflichtung im Verhältniß stehenden Abzug gefallen lasse. Dieser Abzug kann sich aber nicht auf den Hauptstamm beziehen, da derselbe (nach §. 1192) im Eigenthume derjenigen bleibt, welche dazu beigetragen haben; auch nicht erst „ausgemessen" zu werden braucht, sondern schon durch den Vertrag bestimmt ist. Der erwähnte Abzug hat also von dem Gewinnstantheile stattzufinden, da bei der „Ausmessung" dieses letzteren allerdings auch auf die geleisteten Arbeiten Rücksicht genommen wird, und die Entlohnung für die zum Besten der Gesellschaft angewendete Mühe nur aus dem Gewinne geleistet wird (§. 1193).

2) Wurde zu Gunsten eines Mitgliedes der Werth seiner Arbeiten zum Capitale geschlagen (§. 1192), so muß seinen Erben dieser Antheil an dem Hauptstamme ebenfalls ungeschmälert erhalten bleiben; geschah aber die Werthsermittlung bloß zum Behufe der Vertheilung des Gewinnes (s. oben S. 384), so kann allerdings der vom Gesetze angeordnete Abzug Platz greifen, dessen Ausmaß, wenn die Gesellschafter sich nicht vereinigen können, durch den Richter bestimmt werden müßte.

§. 1210.

Wenn ein Mitglied die wesentlichen Bedingungen des Vertrages nicht erfüllet, wenn es in Concurs verfällt, als Verschwender gerichtlich erkläret, oder überhaupt unter die Curatel gesetzt wird; wenn es durch ein Verbrechen das Vertrauen verliert; so kann es vor Verlauf der Zeit von der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

---

*) Das Gesetz sagt nicht ganz sprachrichtig „erfüllen".

1) Die Ausschließungsgründe des vorstehenden Paragraphen beziehen sich im Allgemeinen auf solche Umstände, welche das, bei dem gesellschaftlichen Verhältnisse so nothwendige Vertrauen erschüttern.

a) Zuvörderst gestattet das Gesetz, abweichend von der allgemeinen Verfügung des §. 919, die Ausschließung eines Mitgliedes, wenn dasselbe die wesentlichen Bedingungen des Vertrages nicht erfüllt, also z. B. seinen Beitrag nicht leistet (§. 1184), ein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft betreibt (§. 1186) u. dgl.

b) Das Ausschließungsrecht ist ferner begründet, wenn ein Mitglied in Concurs verfällt *); indem das Vermögen des Cridatars in die Concursmasse einbezogen werden muß, und bei allfälligen Beschädigungen durch denselben keine Aussicht auf einen Ersatz vorhanden wäre.

c) Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn ein Gesellschaftsglied unter Curatel gesetzt wird (§. 270), wodurch jedenfalls eine höchst nachtheilige Verzögerung in den Geschäften herbeigeführt würde, indem bei der Eingehung derselben stets die Einwilligung des Curators und nach Umständen sogar der Curatelsbehörde eingeholt werden müßte.

d) Daß endlich die Verübung eines Verbrechens die Aufhebung der Gesellschaft bewirke, läßt sich aus dem Begriffe derselben leicht rechtfertigen. Zweifelhafter dürfte die Sache dann sein, wenn keine Verurtheilung erfolgte, sondern der Angeklagte bloß wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel von der Anklage freigesprochen wurde (§. 287 der St. Pr. O.); indeß scheint auch in diesem Falle den Gesellschaftsmitgliedern nicht zugemuthet werden zu können, mit Jemanden, auf welchem noch der Verdacht eines Verbrechens haftet, weiter in Gemeinschaft zu bleiben.

2) Die Ausschließung aus der Gesellschaft muß in den vorstehend angeführten Fällen durch einen Gesellschaftsbeschluß (§. 1188) ausgesprochen werden, welchen zu veranlassen übrigens jedem Theilnehmer an der Gesellschaft zusteht.

§. 1211.

Man kann den Gesellschaftsvertrag vor Verlauf der Zeit aufkündigen, wenn dasjenige Mitglied, von welchem der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing, gestorben oder ausgetreten ist.

§. 1212.

Wenn die Zeit zur Dauer der Gesellschaft weder ausdrücklich bestimmt worden ist, noch aus der Natur des Geschäftes bestimmt werden kann, so kann jedes Mitglied den Vertrag nach Willkür aufkündigen; nur darf es nicht mit Arglist oder zur Unzeit geschehen (§. 830).

---

*) Item si quis ex sociis, mole debiti praegravatus, bonis suis cesserit, et ideo propter publica aut privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. §. 8. Inst. de soc. (3, 25).

1) Eine Gesellschaft kann auf unbestimmte oder auf bestimmte Zeit eingegangen, und im letzteren Falle die Dauer derselben ausdrücklich oder stillschweigend (durch die Natur des Geschäftes) festgesetzt werden. Unter der erstgedachten Voraussetzung kann jedes Mitglied in der Regel nach Willkür austreten, da aus einer erzwungenen Gemeinschaft sich kein günstiges Resultat erwarten läßt. Jedoch darf der Austritt nicht mit Arglist geschehen *), was insbesondere dann der Fall wäre, wenn der Gesellschafter dadurch einen Gewinn, den die Theilnehmer gemeinschaftlich zu machen beabsichtigen, sich allein zuwenden, oder einen Verlust, den er mit den Andern zu tragen hätte, von sich abwälzen wollte. Ingleichen verbietet das Gesetz den Austritt zur Unzeit **), d. i. unter solchen Verhältnissen, wo er nicht wohl Platz greifen könnte, ohne den Theilhabern einen bedeutenden, sonst nicht damit verknüpften Nachtheil zuzufügen, worüber im Streitfalle natürlich der Richter zu entscheiden hätte.

2) Wurde die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit (ausdrücklich oder stillschweigend) eingegangen, so darf in der Regel kein Mitglied vor Ablauf dieser Zeit aus derselben treten ***), da es überhaupt unstatthaft ist, sich einseitig seiner Vertragspflicht zu entledigen. Eine Ausnahme würde nur dann Statt finden, wenn eine gegründete Ursache zum Rücktritte vorhanden ist †); und als solche bezeichnet der §. 1211 den Fall des Austrittes oder Absterbens (wohl auch der Unfähigkeit wegen Geistesverwirrung, höheren Alters u. dgl.) desjenigen Mitgliedes, von welchem der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing, weil sich sofort ein günstiger Erfolg der gesellschaftlichen Unternehmung nicht mehr erwarten läßt.

3) Die unter Z. 2 aufgeführten Grundsätze scheinen auch dann gelten zu müssen, wenn die Gesellschaft auf Lebenszeit eingegangen, oder dem Befugnisse des Rücktrittes überhaupt entsagt wurde ††).

4) Das Gesetz hat für die Aufkündigung keine Frist bestimmt, der Austritt kann mithin sogleich (d. h. nach der Analogie des §. 904 ohne unnöthigen Aufschub) verlangt werden †††).

---

*) Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeres, teneberis, quanti interest mea. fr. 65. §. 4. Dig. l. c. (17, 2).

**) In societate . . . coëunda nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso jure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit. fr. 17. §. 2. ibd. — Labeo . . . Posteriorum libris scripsit: si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actionem. fr. 65. §. 5. ibd.

***) . . . qui societatem in tempus coïit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat. fr. 65. §. 6. l. c.

†) . . . si convenerit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio, nec tenebitur pro socio, qui ideo renuntiavit, quia conditio quaedam, qua societas erat coïta, ei non praestatur. fr. 14. Dig. l. c. (17, 2).

††) Nach römischem Rechte hatte das pactum ne abeatur a societate keine Wirkung. fr. 14. Dig. l. c. (17, 2).

†††) Vgl. auch Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 539), und Bd. 2, S. 841 d. W.

§. 1213.

Die Wirkungen einer zwar bestrittenen, aber in der Folge für rechtmäßig erklärten Ausschließung oder Aufkündung werden auf den Tag, wo sie geschehen sind, zurück gezogen.

1) Wird das Recht zur Ausschließung oder zum Austritte aus einer Gesellschaft vom Gegentheile widersprochen, so ist es natürlich, daß die Sache auf den ordentlichen Rechtsweg gebracht, und vom Richter entschieden werden muß. Fällt das Erkenntniß dahin aus, daß die Ausschließung oder Aufkündigung unstatthaft sei, so ist sie als nicht geschehen zu betrachten, und äußert auf die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten keinen Einfluß.

2) Wird sie dagegen für rechtmäßig erkannt, so werden die Folgen dieses Ausspruches auf den Zeitpunkt der geschehenen Erklärung zurückbezogen; von diesem Augenblicke an hat daher das betreffende Mitglied aus den nachher unternommenen Geschäften weder einen Gewinnstantheil anzusprechen, noch einen daraus entstandenen Verlust zu tragen.

3) Da in dem Falle eines über die Ausschließung oder den Austritt entstandenen Rechtsstreites das Vermögen des ausscheidenden Mitgliedes bis zur eintretenden Rechtskraft der richterlichen Entscheidung mit dem Gesellschaftsvermögen vereinigt bleiben muß, so meint Winiwarter *), daß das betreffende Mitglied im Falle der Aufkündigung berechtigt sei, vom Tage der Aufkündigung an Verzugszinsen anzusprechen, da die Gesellschaft die Herausgabe des Vermögens laut der Bestätigung des richterlichen Urtheiles widerrechtlich verweigert hat (§§. 1333 und 1334). Wir können jedoch dieser Ansicht nur in soweit beipflichten, als die sich weigernden Gesellschafter als muthwillig streitend angesehen werden können. Im entgegengesetzten Falle scheint uns die Durchführung des Rechtsstreites einen nothwendigen Aufschub zu begründen, für welchen daher die Gesellschaft keine Verantwortlichkeit treffen kann.

§. 1214.

Die Aufhebung einer Handlungsgesellschaft, die Aufnahme und der Austritt ihrer öffentlichen Mitglieder, muß eben so, wie die Errichtung, öffentlich bekannt gemacht werden. Aus dieser Bekanntmachung wird auch die Kraft und die Dauer der Vollmachten beurtheilet.

1) In Beziehung auf die Handlungsgesellschaften wird, so wie zur Begründung, auch zur Auflösung derselben gefordert, daß diese in den Handelsregistern ersichtlich gemacht werde. Schon die Fallitenordg. v. 18. August 1734 verfügt dießfalls, „daß das Capital in der Handlung verbleibe und nichts davon eher ausgezogen werde, bis das Negotium bei dem Mercantilgerichte ordentlich dissolviret und mit den Creditoren alle

*) Bürgl. Recht. Bd. 4, S. 421.

Richtigkeit gepflogen worden ist," . . . daß mithin die socii aperti von ihrer Obligation „nicht eher befreiet werden, als bis die Societät coram judicio mercantili ordentlich dissolvirt und alle Handlungscreditores befriediget worden; im Widrigen der in Stille ohne Vorwissen des Mercantilgerichtes ausgetretene öffentliche Socius den vorigen Handelscreditoren, im Falle sie von dem in der Handlung verbleibenden socio hernach nicht befriediget worden, jederzeit haften müßte, welches sich auch von denjenigen neuen Creditoren versteht, die nach der Hand, von der heimlichen Austretung eines dergleichen socii nichts wissend, auf die gerichtliche Protokollirung und Firma vertrauend, der Raggion weiters fidirt haben"; . . . daß endlich auch die heimlichen socii (socii particulares) „ihr Capital bis zur ordentlichen, bei dem Mercantilgerichte geschehenen Aufhebung der Societät allda liegen lassen müssen, und nicht befugt sind, sub quocumque praetextu, auch nur einen Theil davon herauszunehmen, außer es wurde bei gedachtem Mercantilgerichte anstatt des Austretenden ein Anderer substituirt, oder von dem Negotianten selbst der genugsame Fundus ausgewiesen" (Abthlg. I, Abs. 2, 7 u. 9). — In Uebereinstimmung hiermit besagt der Art. VIII der Wechselordg. v. J. 1763, daß die protokollirten Vollmachten und Firmen in so lange ihre vollkommene Wirkung behalten, bis selbe bei dem Wechselgerichte abgeschrieben werden.

Für Ungarn enthält der §. 40 des 18. Gesetzart. v. J. 1840 die Bestimmung, daß sowohl der Austritt eines einzelnen Gesellschafters, als die Auflösung der ganzen Gesellschaft demjenigen Gerichte angezeigt werden müsse, bei welchem die Protokollirung derselben Statt gefunden hatte. — Die Rechte der Gläubiger werden (nach §. 41 ebd.) durch einen solchen Austritt oder eine solche Auflösung nicht berührt, wenn aber die Gläubiger innerhalb zwei Jahren, vom Tage der öffentlichen Kundmachung der Auflösung oder des Austrittes an gerechnet, ihre Forderungen an die Gesellschaft nicht gegen den austretenden Gesellschafter geltend machen, so ist ihnen der austretende Gesellschafter nach Ablauf dieser Zeit nicht mehr in solidum, sondern nur rücksichtlich des ihn treffenden Antheiles verhaftet. — Wenn aus Anlaß des Austrittes oder der Auflösung einer Gesellschaft die Mitglieder sich dahin vereinigen, daß einige von ihnen namentlich bezeichnete Theilhaber die sämmtlichen Gesellschaftsschulden übernehmen, und wenn dieses Uebereinkommen gehörig veröffentlicht worden ist, so können zwar die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen noch innerhalb zwei Jahren, vom Tage dieser Publication an gerechnet, gegen jeden austretenden Gesellschafter geltend machen, nach Ablauf dieser Zeit aber ihre Befriedigung ausschließend nur von jenen Mitgliedern verlangen, welche in Folge des gedachten Uebereinkommens die Haftung für die Gesellschaftsschulden übernommen. — Endlich kann (nach §. 47 ebd.) jeder austretende öffentliche Gesellschafter verlangen, daß sämmtliche Gesellschaftsgläubiger unverweilt befriedigt, oder wenigstens ihre Forderungen sicher gestellt werden, was auch dadurch geschehen kann, daß Einer oder mehrere Theilhaber alle Schulden übernehmen, und die Gläubiger hierzu einwilligen. — Nach dem Codice di commercio (Buch I, Tit. IV, Art. 46) muß jede Verlängerung der Gesellschaft über die ursprünglich festgesetzte Dauer, jede

Auflösung derselben vor diesem Zeitpunkte, jeder Ein- oder Austritt einzelner Gesellschafter, so wie jede Veränderung in den ursprünglich getroffenen Bestimmungen oder in der Gesellschaftsfirma auf dieselbe Weise bekannt gemacht werden, auf welche die Eingehung einer Gesellschaft publicirt werden muß.

Endlich verfügt auch der §. 36 der Vrdg. v. 20. Jänner 1855 und der §. 36 der Vrdg. v. 16. Sept. 1857, daß die Kundmachung des Eintrittes neuer oder des Austrittes alter Mitglieder der Gesellschaft, die Auflösung dieser Letzteren vor der festgesetzten Zeit oder der Verlängerung über dieselbe, so wie jeder andern Veränderung, welche die Rechte dritter Personen berührt, nach den für die Protokollirung der Gesellschaftsverträge gegebenen Vorschriften zu geschehen habe *).

2) Da nach §. 1023 die von einer Gemeinschaft ausgestellten Vollmachten durch die Erlöschung der Gemeinschaft aufgehoben werden, so ist es natürlich, daß die Auflösung einer Gesellschaft auch die Kraft und Dauer der von ihr ertheilten Vollmachten berühren müsse.

§. 1215.

Bei der nach Auflösung einer Gesellschaft vorzunehmenden Theilung des gesellschaftlichen Vermögens sind nebst den obigen Bestimmungen die nämlichen Vorschriften zu beobachten, welche in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes über die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache überhaupt aufgestellet worden sind. Theilung des gesellschaftlichen Vermögens

Die Theilung des gemeinschaftlichen Fonds ist eine natürliche Folge der Auflösung der Gesellschaft. Ist darüber nicht schon im Gesellschaftsvertrage selbst etwas bestimmt, oder nachträglich ein Uebereinkommen getroffen worden, so sind darauf die Vorschriften der §§. 841—843, dann 1182, 1183 und 1192 anzuwenden.

§. 1216.

Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Anordnungen sind auch auf die Handlungsgesellschaften anzuwenden, in so fern hierüber nicht besondere Vorschriften bestehen.

---

*) Die Frage über die Haftung eines öffentlichen Handlungsgesellschafters nach dem Austritte aus der Societät wurde insbesondere von Wayna in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. (1835. I. S. 55) und von Dr. Schiestl ebd. (1843. I. S. 360) erörtert. Ueber die Frage, ob und in wie ferne die Erben eines öffentlichen Gesellschafters nach erfolgter Dissolution der Societät, von Gläubigern der Letzteren in Anspruch genommen werden können, deren Forderungen sich aus der Societätszeit her datiren, beantwortet Joh. B. Bach in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1842. I. S. 204.

Die Verfügung dieses Paragraphen ist nur ein Corollarium aus der allgemeinen Anordnung des VII. Absatzes des Kundmachungspatents zum a. b. G. B. vom 1. Juni 1811 *).

Achtundzwanzigstes Hauptstück.

Von den Ehepacten.

§. 1217.

Ehepacte. **Ehepacte heißen diejenigen Verträge, welche in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden, und haben vorzüglich das Heirathsgut, die Widerlage, Morgengabe, die Gütergemeinschaft, Verwaltung und Fruchtnießung des eigenen Vermögens; die Erbfolge, oder die auf den Todesfall bestimmte lebenslange Fruchtnießung des Vermögens, und den Witwengehalt zum Gegenstande.**

1) Da durch die Ehe eine unzertrennliche Lebensgemeinschaft zwischen den beiden Ehegatten begründet wird (§. 44), so ist es natürlich, daß sie auch auf die Vermögensverhältnisse derselben einen mehr oder minder wesentlichen Einfluß äußert. Das römische Recht geht zwar von dem Satze aus, daß die Ehe an und für sich in dem Vermögenszustande der Gatten nichts ändere, es hat aber, wie Puchta (a. a. O. §. 413) hervorhebt, diese Getrenntheit des beiderseitigen Vermögens nicht bis zu solchen Consequenzen verfolgt, durch die sie das Wesen der Ehe beeinträchtigen würde, und anerkannte somit immerhin einige Vermögenswirkungen, welche ipso jure der Ehe folgen. Viel weiter ging dießfalls das deutsche Recht, in welchem sich nach und nach das System der allgemeinen, oder doch mindestens einer partiellen Gütergemeinschaft ausbildete **).

Unser a. b. G. B. ist im Allgemeinen den Grundsätzen des römischen Rechts gefolgt. Nach §. 1233 begründet die eheliche Verbindung allein noch keine Gemeinschaft der Güter zwischen den Eheleuten. Haben diese über die Verwendung ihres Vermögens keine besondere Uebereinkunft getroffen, so behält (nach §. 1237) jeder Ehegatte sein voriges Eigenthumsrecht, und auf das, was ein jeder Theil während der Ehe erwirbt, und auf was immer für eine Art überkommt, hat der Andere keinen Anspruch. Der §. 1238 stellt nur eine gesetzliche Vermuthung dahin auf, daß die Ehe-

---

*) S. den Aufsatz v. Dr. P. Harum über die Erwerbsgesellschaften nach den in Ungarn gegenwärtig bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1855. Nr. 83—85.

**) Mitermaier, a. a. O. §§. 383 ff.

gattin dem Manne, als ihrem gesetzmäßigen Vertreter (§. 91), die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe. Eine unmittelbare Folge des ehelichen Verhältnisses ist lediglich die im §. 91 ausgesprochene Pflicht des Mannes, seiner Gattin den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und das den Gatten in den §§. 757—759 eingeräumte Intestaterbrecht, so wie der im §. 796 begründete Anspruch. Alle übrigen vermögensrechtlichen Verhältnisse setzen ein besonderes, zwischen den Ehegatten getroffenes Uebereinkommen voraus.

2) Die von den Ehegatten oder von andern Personen im Namen derselben abgeschlossenen Verträge, welche die Regelung ihrer Vermögensverhältnisse mit Rücksicht auf die eheliche Verbindung zum Gegenstande haben, werden zum Unterschiede vom Ehevertrage, durch welchen das eheliche Verhältniß selbst begründet wird (§. 44), mit dem Namen der Ehepacte (pacta nuptialia) bezeichnet *). Ihre Abschließung kann auch noch vor eingegangener Ehe, unter Brautpersonen, Platz greifen, wie das später (beim §. 1249) zu erwähnende Hfd. v. 25. Juni 1817, Nr. 1340 der J. G. S. ausdrücklich anerkennt. Sie setzen jedoch Behufs ihrer Wirksamkeit eine giltige Ehe voraus **); daß diese auch vollzogen worden sei, dürfte höchstens zur Begründung des Anspruches auf die Morgengabe nothwendig sein (vgl. die Erläut. des §. 1232) ***).

---

*) Vgl. hierüber: Winiwarter, über die rechtlichen Verhältnisse der Ehegatten in Ansehung ihres Vermögens in Rosbiersky's Annalen. J. 1812. S. 16. — Scheidlein's Miscellen. Wien. 1821. III. Heft. — Nippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen. Linz. 1824.

**) Wird eine Ehe für ungiltig erklärt, heißt es im §. 1265, so zerfallen auch die Ehepacte.

***) Mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen Giltigkeit und Wirksamkeit eines Vertrages stimmen wir der Ansicht M. Damianitsch's (Jurist. Bd. 7. S. 384) bei, daß die Intabulation der aus einem Ehepacte hervorgehenden Ansprüche auch vor der priesterlichen Trauung bewilliget und vorgenommen werden müsse, wenn die Interessenten darum ansuchen. — Die entgegengesetzte Meinung vertheidiget Kubasta in dem Aufsatze über Gewähranschreibung aus einem Ehevertrage vor der priesterlichen Trauung (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1841. I. S. 382). — In mehreren Kronländern Oesterreichs wurden auf dem Lande von den Ortsgerichten sogenannte Ehepacten-Protokolle zu dem Zwecke geführt, um den Inhalt der Ehepacte, für den Fall des Verlustes der Urschrift derselben, im Gedächtnisse zu erhalten. Diese Protokolle bildeten kein zu dem Grundbuche gehöriges Urkundenbuch, die Eintragung in dieselben war also zur Begründung eines dinglichen Rechtes nicht geeignet. Dieß gab nun zu mancherlei Täuschungen Anlaß, indem die Parteien wenn sie ihre der Obrigkeit zur Eintragung in die öffentlichen Bücher übergebene Ehepacte mit der ämtlichen Genehmigung und mit der Bestätigung zurück erhielten, daß sie in das Ehepacten-Protokoll eingetragen worden, ihre auf unbewegliche Güter Beziehung habenden Rechte gegen jeden Dritten gesichert glaubten, und erst dann, wenn ein Dritter durch wirkliche Einverleibung seiner Forderung in das Grundbuch ihnen bereits zuvorgekommen war, das Gegentheil erfuhren. Deßhalb verordnete das Hfd. v. 19. Sept. 1818, Nr. 1498 der J. G. S., daß diejenigen Ortsgerichte, bei welchen noch eigene, von dem Grundbuche abgesonderte Ehepacten-Protokolle bestehen, diesen Unterschied ihren Untergebenen unter strengster Verantwortung sogleich bekannt zu machen haben, damit die Parteien, deren Ehepacte nur in das Ehepacten-Proto-

3) Bei der Einführung des a. b. G. B. in Ungarn rc. wurde in dem Art. XII, Abs. 5 des Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852, Nr. 246 des R. G. Bl. bezüglich der Frage, in wie fern die durch Ehen, welche noch vor der Wirksamkeit des neuen Gesetzbuches geschlossen worden sind, zwischen den Ehegatten begründeten Rechtsverhältnisse auf ihr Vermögen auch künftig fortzudauern haben, auf das Gesetz über die Regelung der Aviticität v. 29. Nov. 1852, Nr. 247 des R. G. Bl. verwiesen. Dieselbe Bestimmung mit Beziehung auf das Pat. v. 29. Mai 1853, Nr. 100 d. R. G. Bl. enthält die Kundmachung des a. b. G. B. in Siebenbürgen v. 29. Mai 1853, Nr. 99 des R. G. Bl. (Art. XII, Abs. 5). — Der §. 12 des Pat. v. 29. Nov. 1852 besagt nun, daß die vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. geschlossenen Eheverträge und Erbverträge zwischen Ehegatten in Kraft bleiben, und so wie das zwischen Eheleuten bestandene gesetzliche Recht des Miteigenthums auf das während der Ehe Erworbene (jus coacquisitionis) nach den zur Zeit der Schließung der Ehe bestandenen Gesetzen zu beurtheilen sind. Hiermit stimmt auch der §. 12 des Pat. v. 29. Mai 1853 überein, nur hat derselbe auch noch das in Siebenbürgen zwischen den Eheleuten nach Verschiedenheit der Landestheile bestandene gesetzliche Recht der Gütergemeinschaft (communio bonorum) aufrecht erhalten.

Was nun zuvörderst das jus legalis coacquisitionis anbelangt, so findet dasselbe nur bei dem Bürger- und Bauernstande, und bei den Adeligen nur hinsichtlich der Bauerngründe statt, wenn sie auf solchen lebten. Die Gattin war rücksichtlich des während der Ehe Erworbenen ipso jure coacquisitrix. Jeder Ehegatte konnte über die Hälfte desselben unabhängig von dem andern Ehegenossen sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall frei verfügen. Bei dem Adel hatte dagegen die Ehegattin, abgesehen von obiger Ausnahme, kein Coacquisitionsrecht; der Mann allein war Hauptacquisitor, es wäre denn durch Vertrag etwas Anderes festgesetzt worden. Selbst wenn die Erwerbungsurkunde auch auf die Gattin lautete, bewirkte dieß sonderbarer Weise kein Miteigenthum bei Lebzeiten des Mannes, sondern erst beim kinderlosen Ableben desselben *).

---

koll eingetragen sind, nicht länger aus Irrthum unterlassen, für die Sicherstellung ihrer Rechte durch das Grundbuch zu sorgen, und daß jedes derselben das von Kundmachung dieser Verordnung an einen ihm zur Eintragung in die öffentlichen Bücher übergebenen Heirathsvertrag, worin über unbewegliche Güter verfüget wird, dennoch nur in das von dem Grundbuche verschiedene Ehepacten-Protokoll eintragen würde, ohne auf eine vollen Glauben verdienende Art beweisen zu können, daß die Parteien, ungeachtet sie belehrt wurden, daß dingliche Rechte auf unbewegliche Sachen nur durch die Einverleibung in das Grundbuch erworben werden, ausdrücklich bloß die Einschaltung in das Ehepacten-Protokoll verlangt haben, allen den Parteien daraus zugehenden Nachtheil unnachsichtlich zu ersetzen hätte.

*) Erläut. des a. h. Pat. v. 29. Nov. 1852 über die Aviticitäts-Verhältnisse. S. 13 u. 14. — Eine Zusammenstellung der Vorschriften des a. b. G. B. mit jenen der ungarischen Gesetze in Beziehung auf die Ehepacten hatte J. v. Jung in seinen „Parallelen über die Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen nach dem a. b. G. B. und den ungarischen Gesetzen" in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1825. I. S. 177. II. S. 26 und 368 geliefert.

In Siebenbürgen bestimmt der IV. Tit. des 2. Buches der jura municip. Saxonum §. 1: „Quando quidem maritus et uxor matrimonio in communionem ut corporum ita omnium rerum conveniant, merito quoque optima et aequa consuetudine suis facultatibus mutuo cum liberis eorum ad communem vitae necessitatem fruuntur; ac usu receptum est, ut ex universis bonis bes ad maritum, triens ad uxorem pertineat, omni dotis jure cessante. Es bestand demnach im siebenb. Sachsenlande eine vollkommene Gütergemeinschaft unter den Ehegatten, dergestalt, daß selbst die vorehelichen Schulden derselben gemeinschaftlich wurden, ferner das Gesammtvermögen für alle während der Ehe eingegangenen Verbindlichkeiten haftet, endlich nach Auseinandersetzung des Activvermögens in Folge Concurses oder Auflösung der Ehe $^{2}/_{3}$ dem Manne und $^{1}/_{3}$ der Frau eigenthümlich zukommen *).

4) Der §. 1217 zählt die vorzüglichsten Ehepacte auf, reiht unter dieselben aber auch mehrere Bestimmungen, die sich gerade nicht auf ein getroffenes Uebereinkommen beziehen, wie aus den §§. 1237, 1238 ꝛc. erhellet.

§. 1218.

Unter Heirathsgut versteht man dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin oder für sie von einem Dritten dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird. 1) Heirathsgut.

1) Unter dem Heirathsgute (dos, auch Brautschatz, Mitgift' Aussteuer u. s. w. genannt) versteht unser Gesetz, dem römisch-rechtlichen Begriffe folgend **), jenes Vermögen, welches von der Gattin (Braut) oder für sie von einem Andern dem Manne als Beitrag zur Bestreitung der Lasten der Ehe zugebracht wird. Es kann dazu Alles, was sich veräußern und nutzen läßt (§. 1227), verwendet werden, und hängt es von der Beschaffenheit der Güter ab, ob sie in das Eigenthum des Mannes übergehen, oder ob ihm bloß der Fruchtgenuß an demselben gebührt (§§. 1227 und 1228).

Die Uebergabe des Heirathsgutes (§. 1225) ist wohl zur Erfüllung nicht aber zur Giltigkeit des mit dem Manne darüber geschlossenen Uebereinkommens nothwendig. Da es übrigens auch in fortlaufenden, zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Leistungen (z. B. einer Jahres-Rente) bestehen kann, so hat das Gesetz auch die „Zusicherung“ in die Definition des Heirathsgutes aufgenommen.

---

*) Schuler v. Libloy: Statuta jurium municipalium Saxonum in Transylvania (Hermannstadt. 1853), S. 155 und dessen: Das Privatrecht der Siebenbürger Ungarn und Szekler (ebd. 1856), S. 119.

**) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 414. — Thibaut, a. a. O. §. 728.

2) Das Heirathsgut setzt seinem Begriffe nach die Existenz einer Ehe voraus *). Wäre demnach dem Bräutigam eine Sache als Heirathsgut übergeben worden, und käme hierauf die Ehe nicht zu Stande, so könnte das Gegebene wieder zurückgefordert werden (§. 1435) **), und es erscheint die wirkliche Eingehung der Ehe als eine sich von selbst verstehende Bedingung bei der Zusicherung eines Brautschatzes ***). Umgekehrt aber ist die Bestellung eines Heirathsgutes keine nothwendige Folge der durch die Ehe hervorgebrachten vermögensrechtlichen Beziehungen unter den Ehegatten. Hat sich der Ehemann vor geschlossener Ehe kein Heirathsgut bedungen, so ist er nach §. 1225 auch keines zu fordern berechtigt.

3) Der Mann erlangt das Heirathsgut nicht aus einem lucrativen Titel, da er die Verpflichtung übernimmt, den mit der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Aufwand zu bestreiten; es ist also die Zusicherung desselben (dem Manne gegenüber; vgl. oben S. 139 d. W.) nicht als eine Schenkung anzusehen †), und deßhalb auch nicht jenen Beschränkungen unterworfen, welche bezüglich der Schenkungen in unserm Rechte bestehen.

4) Das Heirathsgut wird entweder aus dem Vermögen der Braut (§. 1219), oder für sie von einem Dritten bestellt. Dieser kann entweder dazu verpflichtet sein (§§. 1220—1224, dos necessaria) oder nicht (§. 1229, dos voluntaria). Daß auch im Wege eines Vermächtnisses ein Heirathsgut bestellt werden könne, ist bereits bei Erörterung der §§. 670 und 671 bemerkt worden; in wie fern endlich das Heirathsgut der Anrechnung in den Pflichttheil unterliege, bestimmt der §. 788.

5) Häufig wird der Braut außer dem Heirathsgute noch eine s. g. Aussteuer (Ausstattung, apparatus, instructus muliebris) meist in Einrichtungsstücken, Kleidung, Wäsche und Schmucksachen bestehend, mitgegeben. Hierbei scheint unterschieden werden zu müssen, ob die betreffenden Gegenstände zur Einrichtung des Hauses (wie Meubles, s. g. Hauswäsche), oder lediglich zum Gebrauche der Frau (Kleidungsstücke u. dgl.) bestimmt sind. Im ersten Falle dürften sie als ein Bestandtheil des Heirathsgutes anzusehen sein, während im zweiten Falle Eigenthum und Fruchtnießung lediglich der Gattin gebührt ††).

---

*) Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. fr. 3. Dig. de jure dot. (23, 3).

**) Vgl. fr. 7. §. 3. Dig. l. c.

***) Stipulationem, quae propter causam dotis fit, constat habere in se conditionem hanc: *si nuptiae fuerint secutae,* et ita demum ex ea agi posse quamvis non sit expressa conditio, si nuptiae constant. fr. 21. Dig. l. c.

†) Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emtor intelligitur, qui dotem petit. fr. 19. Dig. de obl. et act. (44, 7).

††) Vgl. die abweichenden Ansichten bei Puchta, a. a. O. §. 414, und Thibaut, a. a. O. §. 729.

§. 1219.

Wenn die Braut eigenes Vermögen besitzt und volljährig ist; so hängt es von ihr und dem Bräutigam ab, wie sie sich wegen des Heirathsgutes und wegen anderen wechselseitigen Gaben mit einander verstehen wollen. Ist aber die Braut noch minderjährig, so muß der Vertrag von dem Vater oder Vormunde, mit Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes, geschlossen werden.

Dessen Bestellung.

1) Die Bestellung des Heirathsgutes ist eine Art von Veräußerung der dazu bestimmten Güter (§. 1227); sie kann deßhalb von der minderjährigen Braut nicht eigenmächtig vorgenommen werden, sondern dieselbe bedarf dazu der Genehmigung ihres Vaters (§§. 149 u. 152) oder Vormundes (§§. 244 u. 865). Dasselbe gilt auch von Großjährigen, über welche die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt verlängert wurde (§§. 172 u. 251; dann §. 282), oder welche unter Curatel gesetzt worden sind (§. 269). In jedem Falle ist nebst der Einwilligung des Vaters, Vormundes oder Curators auch die Genehmigung des Gerichtes erforderlich, weil es sich um einen Gegenstand von höherer Wichtigkeit handelt (§§. 233 und 152).

2) Ist der Bräutigam minderjährig oder pflegebefohlen, so ist auch er bei der Abschließung der Ehepacten an die Einwilligung seines Vertreters und des Gerichtes gebunden (§. 865).

§. 1220.

Besitzt die Braut kein eigenes, zu einem angemessenen Heirathsgute hinlängliches Vermögen, so sind die Aeltern oder Großältern nach der Ordnung, als sie die Kinder zu ernähren und zu versorgen verpflichtet sind, verbunden, den Töchtern oder Enkelinnen bei deren Verehelichung ein ihrem Stande und Vermögen angemessenes Heirathsgut zu geben, oder dazu verhältnißmäßig beizutragen (§§. 141 u. 143). Eine uneheliche Tochter kann nur von ihrer Mutter ein Heiratsgut verlangen.

1) Das Gesetz betrachtet die Pflicht zur Bestellung eines Heirathsgutes, wenn die Braut kein eigenes Vermögen besitzt, oder zur Ergänzung desselben, wenn dieses nicht dazu hinreicht, als einen Ausfluß der Ernährungs- und Versorgungspflicht. Dieselbe obliegt demnach zuvörderst dem ehelichen Vater *), wenn dieser verstorben, oder nicht im Stande ist,

---

*) Qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non voluerint, ex constitutione Divor. Severi et Antonini per Proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. fr. 19. Dig. de rit. nupt. (23, 2).

seiner Tochter ein angemessenes Heirathsgut zu verabreichen, der ehelichen Mutter *), ist auch diese nicht mehr vorhanden, oder mittellos, den väterlichen Großältern, und nach diesen den Großältern von der mütterlichen Seite (§. 143). Die durch die Hebung des Ehehindernisses oder schuldlose Unwissenheit der Ehegatten (§. 160), oder durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder (§. 161) stehen dießfalls den ehelichen vollkommen gleich. Die durch Begünstigung des Landesfürsten Legitimirten können jedoch nur von dem legitimirenden Aelterntheile einen Brautschatz fordern, da diese Art der Legitimation auf die übrigen Familienglieder keine Wirkung äußert (§. 162). Wahlkinder haben sowohl von ihren Wahl- als auch von ihren leiblichen Aeltern ein Heirathsgut anzusprechen (§. 183). Dem Kinde steht dießfalls die Wahl frei, an welche von beiden es sich wenden wolle **), hat es aber einmal ein angemessenes Heirathsgut erhalten, so kann es ein solches nicht zum zweiten Male fordern, denn es ist dann so viel, als ob es eigenes hinlängliches Vermögen besäße, um ein Heirathsgut zu bestellen. Bei unehelichen Kindern hat das Gesetz die Dotationspflicht ausdrücklich nur der Mutter auferlegt, wiewohl auch der uneheliche Vater und zwar vorzüglich (§. 167) verbunden ist, seine unehelichen Kinder zu verpflegen; es steht auf diese Weise der Anspruch derselben mit ihrer Pflichttheilsberechtigung und ihrem Intestaterbrechte im Einklange (§§. 754 u. 763).

2) Das zu bestellende Heirathsgut muß ein angemessenes sein, und das Gesetz bestimmt, daß hierbei auf den Stand und das Vermögen (bei unehelichen Kindern wohl nur auf das Vermögen, nach der Analogie des §. 166) derjenigen zu sehen sei, denen die Pflicht zur Bestellung obliegt. Im Streitfalle müßte der Richter darüber entscheiden.

3) Das Heirathsgut kann von der Braut erst bei ihrer Verehelichung begehrt werden, es findet daher früher auch nicht einmal ein Anspruch auf Sicherstellung statt. Bei Eingehung der Ehe kann es aber die Braut jedenfalls verlangen, wenn auch der Mann selbst es nicht fordern sollte, weil der Brautschatz nicht nur ihm, sondern auch der Gattin zum Vortheile gereicht (§. 1229).

§. 1221.

Berufen sich Aeltern oder Großältern auf ihr Unvermögen zur Bestellung eines anständigen Heirathsgutes, so soll auf Ansuchen der Brautpersonen das Gericht die Umstände, jedoch ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes, untersuchen, und hiernach ein angemessenes Heirathsgut bestimmen oder die Aeltern und Großältern davon freisprechen.

*) Nach römischem Rechte hat die Mutter nur aus wichtigen Ursachen diese Verpflichtung. Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa, etc. const. 14. Cod. de jur. dot. (5, 12).

**) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 554. — Anderer Meinung ist Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 4, S. 430, ohne eine weitere Begründung für seine Ansicht zu liefern.

1) Behufs der Entscheidung der Frage, ob und welches Heirathsgut die Aeltern zu bestellen verpflichtet seien, kann eben so wenig, als im Falle des §. 142, ein ordentliches contradictorisches Verfahren Platz greifen, das Gericht hat vielmehr über Ansuchen der Brautpersonen im ämtlichen Wege die obwaltenden Umstände, und zwar mit möglichster Schonung der Aeltern, zu erforschen, und sohin durch Bescheid zu erkennen, wogegen dem einen wie dem andern Theile der Recurs an den höheren Richter offen stünde *).

2) Fände das Gericht zu Gunsten der Braut auf Verabreichung eines Heirathsgutes zu entscheiden, so kann es, wenn etwa die Uebergabe eines Capitales nicht verlangt werden könnte, ohne ihren Erwerbsfond u. dgl. zu schmälern, die Zusicherung eines jährlichen Beitrages zur Erleichterung des häuslichen Aufwandes anordnen. Würde nach in Rechtskraft erwachsenem Ausspruche des Gerichtes die zuerkannte Leistung nicht erfolgen, so kann dieselbe allerdings im Executionswege herbeigeführt werden.

§. 1222.

Wenn eine Tochter ohne Wissen, oder gegen den Willen ihrer Aeltern sich verehelichet hat, und das Gericht die Ursache der Mißbilligung gegründet findet, so sind die Aeltern, selbst in dem Falle, daß sie in der Folge die Ehe genehmigen, nicht schuldig, ihr ein Heirathsgut zu geben.

1) Das Gesetz betrachtet es als eine Hintansetzung der kindlichen Ehrerbietung, als eine Kränkung des älterlichen Ansehens, wenn eine Tochter sich ohne Wissen, oder gar gegen den Willen ihrer Aeltern verehelichet; es enthebt daher in einem solchen Falle die Aeltern im Allgemeinen von der ihnen sonst obliegenden Dotationspflicht, und sucht dadurch auch der Eingehung leichtsinniger Ehen entgegen zu wirken. Hierbei kommen aber mehrere Fälle zu unterscheiden.

2) Ist die Braut minderjährig, und hat sie sich ohne Einwilligung ihres ehelichen Vaters verehelicht, so ist die Ehe bei Akatholiken und Israeliten ohnehin ungiltig (§. 49), es kann also auch von der Bestellung eines Heirathsgutes keine Rede sein. Bei Katholiken erscheint gegenwärtig nach §. 5 des Pat. v. 8. October 1856 die Minderjährigkeit nicht mehr als ein Ehehinderniß, wohl aber verfügt der §. 32 ebd., daß, wenn ein Minderjähriger eine Ehe, ohne die erforderliche Einwilligung des Vaters erhalten zu haben, schließt, beide Aeltern der Verbindlichkeit enthoben sind, ein Heirathsgut zu geben.

3) Ist die Braut großjährig, oder muß die Ehe, ungeachtet der Minderjährigkeit derselben als giltig betrachtet werden, so kömmt es weiter darauf an, ob die Ehe ohne Wissen oder gegen den Willen der Aeltern geschlossen wurde. Im ersten Falle sind die Aeltern der Dotations-

---

*) Scheidlein, a. a. O. S. 17, und Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 4, S. 431. — Anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 561, und in seiner Darstellung der Rechte der Ehegatten, §. 57.

pflicht enthoben, da es die den Aeltern gebührende Ehrfurcht fordert, sie von einem so wichtigen Schritte, wie die Eingehung einer Ehe, in Kenntniß zu setzen *); eine Ausnahme würde nur dann Platz greifen, wenn es dem Kinde (z. B. wegen des unbekannten Aufenthaltes der Aeltern) unmöglich war, diesen von seiner bevorstehenden Verehelichung die Anzeige zu machen.

4) Wurde die Ehe gegen den Willen der Aeltern eingegangen, so hat im Streitfalle das Gericht, und zwar wie im Falle des §. 1221 im Wege ämtlicher Erforschung, zu untersuchen, ob die von den Aeltern vorgegebene Ursache der Mißbilligung gegründet ist oder nicht, und darnach mittelst Bescheides zu erkennen; aus welchen Gründen aber die Einwilligung zur Ehe versagt werden könne, ist aus der Vorschrift des §. 53 zu entnehmen.

5) Eine nachfolgende Genehmigung der Ehe macht die Pflicht der Aeltern, ein Heirathsgut zu geben, nicht wieder aufleben, weil sich daraus noch nicht schließen läßt, daß der Grund zur Mißbilligung der eingegangenen Ehe hinweggefallen sei; es kann jene spätere Einwilligung vielleicht nur deßhalb erfolgen, weil geschehene Dinge sich nicht mehr ungeschehen machen lassen, und der Frieden der Ehe nicht getrübt werden soll **).

§. 1223.

Hat eine Tochter ihr Heirathsgut schon erhalten, und es, obschon ohne ihr Verschulden, verloren; so ist sie nicht mehr, selbst nicht in dem Falle einer zweiten Ehe, berechtiget, ein neues zu fordern.

1) Haben die Aeltern durch Bestellung eines Heirathsgutes der ihnen obliegenden Verpflichtung einmal Genüge geleistet, so ist diese erloschen, und es kann von ihnen kein neues Heirathsgut (redotatio) gefordert werden, ohne Unterschied, ob die Tochter (oder Enkelin) das Heirathsgut noch besitzt, oder nicht, ob sie es mit oder ohne ihr Verschulden verloren hat, und ob sie zu einer neuen Ehe schreitet oder nicht. Auch eine Vermehrung des Heirathsgutes wegen nachträglich eingetretener Veränderungen in den Standes- oder Vermögensverhältnissen der Aeltern kann nicht gefordert werden, wohl aber eine Ergänzung desselben, wenn es ursprünglich nicht in einem angemessenen Betrage (§. 1220) geleistet wurde ***). Ingleichen sind die

---

*) Scheidlein (a. a. O. S. 20) und Andere meinen, daß eine ohne Wissen der Aeltern eingegangene Ehe diese von der Verpflichtung, ein Heirathsgut zu geben, nur dann entbindet, wenn sie eine gegründete Ursache gehabt hätten, die Heirath zu mißbilligen; allein mit Recht bemerkt Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 558) dagegen, daß bei dieser Auslegung des Gesetzes die Worte „ohne Wissen" ganz überflüssig wären, weil es dann jederzeit nur auf den Umstand ankäme, ob das Gericht die Mißbilligung der Ehe von Seite der Aeltern gegründet finde oder nicht.

**) Scheidlein, a. a. O. S. 23.

***) Nippel, Erläut. Bd. 7. S. 560.

Aeltern zur Gewährleistung nach §. 922 verpflichtet, wenn sie das Heirathsgut nicht aus bloßer Freigebigkeit, sondern in Erfüllung der ihnen vom Gesetze auferlegten Pflicht verabreicht haben *).

2) Hatte die Bestellung des Heirathsgutes, welches in der Folge verloren ging, aus dem eigenen Vermögen der Braut stattgefunden (§. 1219), oder war es für sie von einem Dritten bestellt worden, so scheint es, daß die Aeltern — eben weil sie ihrer gesetzlichen Verpflichtung noch nicht Genüge geleistet haben — allerdings zur Ausstattung ihrer Tochter (oder Enkelin) verhalten werden können. Der §. 1223 steht dieser Ansicht nicht entgegen, da er ein schon „erhaltenes," also nicht ein aus dem eigenen Vermögen der Braut entnommenes Heirathsgut voraussetzt, und durch den Ausdruck „ihr" Heirathsgut offenbar zu erkennen gibt, daß er von einem der Tochter gebührenden, nicht von einem freiwillig bestellten Heirathsgute spricht. Auch dürfte nicht nothwendiger Weise zur Begründung jenes Anspruches die Eingehung einer zweiten Ehe gefordert werden, denn der Zweck desselben, die Erleichterung des ehelichen Aufwandes, tritt auch während des Fortbestandes der ersten Ehe wirksam hervor, sobald das ursprünglich bestellte Heirathsgut verloren gegangen ist.

3) Außer den im Gesetze insbesondere aufgezählten Fällen müssen die Aeltern auch dann noch von der Pflicht, ein Heirathsgut zu bestellen, für enthoben angesehen werden, wenn die Tochter (oder Enkelin) giltig darauf Verzicht geleistet hat (§. 1444); doch kann aus einer Verzichtleistung auf das Erbrecht noch keineswegs auf einen Verzicht auf den Brautschatz geschlossen werden, da beide Ansprüche wesentlich von einander verschieden sind, überhaupt aber eine Aufgebung von Rechten nicht vermuthet wird. Es findet daher auch die singuläre Bestimmung des §. 551, daß eine Verzichtleistung bezüglich des Erbrechtes auch auf die Nachkommen wirke, hier keine Anwendung. Die Enkelin würde demnach von ihren Großältern immerhin ein Heirathsgut ansprechen können, wenn gleich ihre Mutter diesem Rechte entsagt hätte, wofern nur die Voraussetzungen eintreten, unter denen Großältern überhaupt zur Ausstattung ihrer Enkelinnen verpflichtet sind.

§. 1224.

Im Zweifel, ob das Heirathsgut von dem Vermögen der Aeltern oder der Braut ausgesetzt worden sei, wird das Letztere angenommen. Haben aber Aeltern das Heirathsgut ihrer minderjährigen Tochter ohne obervormundschaftliche Genehmigung bereits ausgezahlt; so wird vermuthet, daß es die Aeltern aus eigenem Vermögen gethan haben.

---

*) Anderer Meinung ist Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 561). Er hält den §. 922 nicht für anwendbar, weil die Ueberlassung des Heirathsgutes nicht auf eine entgeltliche Art geschieht; allein titulo lucrativo kann sie doch nicht erfolgen, wenn der Tochter ein Klagerecht auf die Erlangung desselben zustand (§. 940)?

1) Die erste der in dem vorstehenden Paragraphe aufgestellten Vermuthungen gründet sich darauf, daß die Verbindlichkeit der Aeltern zur Bestellung eines Heirathsgutes nur eine subsidiäre ist (§. 1220), Acte der bloßen Freigebigkeit aber nicht angenommen werden können, sondern erwiesen werden müssen.

2) Ist die Tochter minderjährig, so findet die Bestellung eines Heirathsgutes aus ihrem eigenen Vermögen nach §. 1219 nur unter Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes statt; wurde es also ohne diese Genehmigung bestellt und auch bereits ausgezahlt, so würden sich die Aeltern, wenn sie dieß aus dem eigenen Vermögen der Tochter gethan hätten, eine Gesetzwidrigkeit haben zu Schulden kommen lassen, was ebenfalls wieder nicht vermuthet werden darf. Wäre es aber dennoch geschehen, und der Beweis darüber hergestellt, so müßten sich die Aeltern nachträglich um die obervormundschaftliche Genehmigung bewerben, und würden jedenfalls für ihre eigenmächtige Handlung verantwortlich bleiben.

§. 1225.

Uebergabe.

Hat sich der Ehemann vor geschlossener Ehe kein Heirathsgut bedungen, so ist er auch keines zu fordern berechtiget. Die Uebergabe des bedungenen Heirathsgutes kann, wenn keine andere Zeit festgesetzt worden ist, gleich nach geschlossener Ehe begehret werden.

1) Der Anspruch des Ehemannes auf ein Heirathsgut wird nach österreichischem Rechte nur durch einen Vertrag begründet; selbst die gesetzlich zur Bestellung desselben verpflichteten Personen sind dieß lediglich ihrer Tochter oder Enkelin, nicht dem Manne gegenüber *); hat sich derselbe also vor geschlossener Ehe kein Heirathsgut bedungen, so kann er auch keines fordern.

2) Wurde ihm aber ein solches vertragsmäßig zugesichert, so kann er auch im Klagewege auf die Uebergabe desselben dringen, und zwar, wenn die Zeit der Auszahlung festgesetzt wurde, mit dem Eintritte derselben, sonst aber gleich nach geschlossener Ehe, weil mit diesem Zeitpunkte sofort auch die Lasten des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes beginnen. Im Falle einer Verzögerung kämen die gesetzlichen vierpercentigen Zinsen zu entrichten (§. 1333), und zwar, wenn die Zahlungszeit bestimmt war, von dieser an, sonst von dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung (§. 1334).

3) Wurde das Heirathsgut von einer dritten zur Dotation nicht verpflichteten Person versprochen, so entsteht die Frage, ob dießfalls auch aus einer bloß mündlichen Zusage ein Klagerecht entspringe? Wir glauben unterscheiden zu müssen, je nachdem das Versprechen der Braut oder

---

*) Nach römischem Rechte steht dem Manne allerdings gegen den Vater oder die väterlichen Ascendenten seiner Gattin die condict ex lege ult. Cod. de dotis promissione zu.

dem Bräutigam geleistet wurde. Im ersten Falle erscheint es lediglich als eine Schenkung, ist also an die Form des §. 943 gebunden; keineswegs aber auch im zweiten Falle, weil der Mann mit dem Brautschatze mannigfaltige Gegenleistungen übernimmt, und deßhalb nicht als Geschenknehmer angesehen werden kann (§. 938). Dasselbe Verhältniß tritt auch dann ein, wenn die Zusicherung eines Heirathsgutes dem Manne von der Braut selbst, oder von ihren zur Dotation verpflichteten Aeltern gemacht wurde. Ihm gegenüber ist also eine mündliche Zusage jedenfalls giltig *).

§. 1226.

Wenn über das Vermögen des Ehemannes ein Concurs verhängt wird, so macht seine vor Ausbruch des Concurses geschehene schriftliche oder mündliche Bestätigung, daß er das Heirathsgut empfangen habe, gegen Jedermann einen Beweis. Erfolgt aber die Bestätigung erst nach ausgebrochenem Concurse, so hat sie gegen die Gläubiger keine Beweiskraft. Beweis derselben.

1) Wenn die Gattin oder ihre Erben (§. 1229) das Heirathsgut in Anspruch nehmen, so müssen sie beweisen, daß dasselbe nicht nur bestellt, sondern dem Manne auch wirklich übergeben worden sei; die früher durch Gewohnheit eingeführte Vermuthung, daß das versprochene Heirathsgut zugezählt worden sei, wenn die Ehe durch zehn Jahre bestanden hat, ist in unser b. G. B. nicht aufgenommen worden, und hat demnach ihre gesetzliche Kraft verloren (§. 10) **). Ueber die Art, wie dieser Beweis gegen den Mann oder dessen Erben herzustellen sei, hat sich unser G. B. nicht weiter geäußert, es kommen daher die allgemeinen, in den österr. Gerichtsordnungen enthaltenen Vorschriften darauf anzuwenden ***).

---

*) Vgl. den von Pratobevera in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1827. I, S. 1, mitgetheilten Rechtsfall, wo noch insbesondere hervorgehoben wird, daß die Ehepacte im Allgemeinen zu denjenigen Verträgen gehören, die nach dem durchgreifenden Principe des §. 883 mündlich oder schriftlich errichtet werden können; daß das Gesetz in den §§. 1217 und 1218 die Bestellung oder das Versprechen des Heirathsgutes mit ausdrücklicher allgemeiner Bezeichnung eines dritten Promittenten zu den Gegenständen der Ehepacten rechnet, und um so weniger bei diesem gewöhnlichen und vorzüglichsten Bestandtheil einer Eheberedung die schriftliche Form zur Giltigkeit bedingen wollte, als es im Verfolg derselben Materie im §. 1249 zu dem Erbvertrage unter Ehegatten, der auch im §. 1217 als Gegenstand der Ehepacten erwähnt worden, die schriftliche Form zur Giltigkeit ausnahmsweise verlangt.

**) Scheidlein, a. a. O. S. 38.

***) Offenbar unrichtig ist daher die Ansicht Scheidlein's (a. a. O. S. 38), daß das außergerichtliche Geständniß des Mannes in diesem Falle Beweis machend sei, wenn es auch nicht mit den gerichtsordnungsmäßigen Erfordernissen versehen ist. Das westgal. G. B. (Th. III, §. 325) enthält wohl eine derartige Verfügung, indem es bestimmte: „Hat sich der Ehemann mündlich oder schriftlich geäußert, daß er das Heirathsgut empfangen habe, so ist es hinlänglich, um die geschehene Uebergabe gegen ihn und seine Erben zu

2) Wenn über das Vermögen des Mannes bei seinen Lebzeiten der Concurs eröffnet wird, so kann die Ehegattin zwar noch nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes, aber doch die Sicherstellung desselben für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen, und wenn kein wittiblicher Unterhalt bedungen, auch den Genuß des Heirathsgutes ansprechen (§. 1260). Sie kömmt mit dieser Forderung nach §. 19 der a. G. O. (§. 129 der gal., §. 121 der ital. G. O.) in die dritte Classe zu versetzen, hat also einen Vorzug vor den Gemeingläubigern, welche in die vierte Classe zu stehen kommen *). Hier entsteht nun ebenfalls die Frage, durch welche Beweismittel die Gattin ihre Ansprüche gegen die Concursmasse des Ehemannes darzuthun im Stande sei, und es muß diese Frage, in so fern das Gesetz keine abweichenden Bestimmungen enthält, auch wieder dahin beantwortet werden, daß alle, im Concursprocesse überhaupt zulässigen Beweismittel zur Anwendung kommen können. Eine ausnahmsweise Verfügung enthält aber das Gesetz allerdings bezüglich der Bestätigung des Ehemannes, daß er das Heirathsgut empfangen habe. Der Gesetzgeber befürchtet nämlich, daß der Cridatar sich verleiten lassen könnte, zum Nachtheile seiner Gläubiger den Empfang eines Brautschatzes zu bestätigen, obwohl er einen solchen wirklich nicht erhalten hat, um seiner Gattin den entsprechenden Betrag zuzuwenden, und daraus sohin wenigstens mittelbar selbst Vortheil zu ziehen. Das Gesetz bestimmt daher, daß die Empfangsbestätigung des Ehemannes, wenn sie erst nach ausgebrochenem Concurse erfolgte, gegen die Gläubiger keine Beweiskraft habe: daß sie aber im entgegengesetzten Falle, wenn sie nämlich vor Ausbruch des Concurses stattfand, allerdings beweiskräftig sei, weil sich unter dieser Voraussetzung die Absicht des Confitenten, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht annehmen läßt. Dieses Empfangsbekenntniß kann sowohl mündlich als schriftlich abgelegt sein; im letzteren Falle muß aber, damit es einen Beweis mache, die Echtheit der bezüglichen Urkunde anerkannt, oder im Widerspruchsfalle erwiesen sein (§§. 133—135 der a., §§. 207—209 der gal., §§. 197—199 der ital. und §§. 123 u. 124 der ungar. u. siebenb. G. O.); ebenso muß in beiden Fällen der Umstand, daß die Empfangsbestätigung noch vor dem Ausbruche des Concurses erfolgt sei, wenn er nicht von dem

---

beweisen"; allein gerade der Umstand, daß diese Stelle nicht in unser a. b. G. B. aufgenommen wurde, zeigt deutlich, daß es der Gesetzgeber bei den allgemeinen processualischen Vorschriften bewenden lassen wollte. Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 562.

*) Nach der ungarischen und siebenbürgischen Concurs-Ordnung vom 18. Juli 1853 gebührt den Heirathsgutansprüchen der Gattin ein solcher Vorzug nicht; nur kann sie nach §. 9 ebd. die Ausfolgung derjenigen beweglichen Sachen ansprechen, von welchen bewiesen wird, daß sie wirklich ihre Allatur oder Paraphernalien und noch in Natur vorhanden sind. Hierzu gehören auch die beim Gemeinschuldner vorgefundenen, von Andern auf den Namen der Gattin ausgestellten activen Allaturschuldscheine. — Ueber den Begriff der dos nach ungarischem Rechte vgl. übrigens die Aufsätze von Dr. Petruska in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1853, Nr. 137, und 1854, Nr. 60.

Vertreter der Concursmasse zugestanden wird, von dem Liquidanten erwiesen werden *).

3) Vermacht der Gatte seiner Gattin das Heirathsgut, um den Erben zu verpflichten, daß er es ihr ohne Beweis und ohne Abzug der darauf verwendeten Kosten abführe (§. 669), so hat dieses Vermächtniß zwar die Wirkung, daß der Erbe die Schuld anerkennen muß, den gefährdeten Gläubigern des Erblassers kann aber diese Anerkennung (nach §. 665) nicht zum Nachtheile gereichen.

---

*) Bei dem Erweise eines mündlich abgelegten Empfangsbekenntnisses, das in der Regel nur durch Zeugen geführt werden kann, werden diese auch über den Zeitpunkt der geschehenen Bestätigung aussagen; könnten sie sich desselben nicht erinnern, so wäre ohne Zweifel der erforderliche Beweis nicht hergestellt (Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 569). Auch bei einer undatirten Urkunde muß der Beweis ihrer früheren Ausstellung in anderweitigem Wege geliefert werden. — Bestritten ist aber die Frage, ob es bei einer datirten Urkunde noch eines andern, außerhalb derselben zu führenden Beweises darüber bedürfe, daß sie nicht etwa zurückdatirt, sondern wirklich an jenem Tage ausgestellt sei, auf welchen das bezügliche Datum hinweist? Die bejahende Ansicht vertheidiget Wagner (in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1825. I. S. 254) hauptsächlich aus dem Grunde, weil die frühere, d. i. vor dem Concurse geschehene Ausstellung der in Frage stehenden Bestätigungsurkunde die Bedingung ihrer Beweiskraft ist, daher sie unmöglich, ohne daß diese Bedingung vorläufig (außerhalb der Urkunde) gewiß (in juristischem Sinne existent) ist, einen Beweis herstellen könne, was doch der Fall sein müßte, wenn sie die Bedingung selbst erweisen sollte, unter der sie allein beweismachend ist. — Derselben Meinung folgt der Aufsatz von Dr. Szabbej in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1829, I, S. 107, und von Nippel, ebd. 1849, I, S. 126, dann E. v. Larcher zu Eisegg in seiner Erläuterung des §. 1226 des a. b. G. B. (Inaug.-Dissert. Innsbruck. 1835.). — Uns scheint jedoch die entgegengesetzte Ansicht, welcher auch die Gerichtspraxis huldigt, die richtigere zu sein: daß nämlich die fragliche Bestätigungsurkunde — wenn nur die Echtheit der Unterschrift von dem Concursmassevertreter zugestanden, oder von dem Liquidanten erwiesen wird, und das zugleich angesetzte Datum sich weder als ein Einschiebsel noch als eine Correctur darstellt — gleich jeder andern Urkunde über alle in derselben enthaltenen Umstände, zu deren Beweise sie ausgefertiget wurde, folglich auch über das Datum der Ausfertigung, auch gegen die Concursgläubiger einen vollen Beweis liefere, und daß der Concursmassevertreter, wenn er behauptet, daß die Urkunde antedatirt sei, eine Einwendung gegen das Innere derselben erhebe, die er, wie alle Einwendungen, welche er vorbringt, erweisen muß, zumal durchaus kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Urkunde zwar den einen darin enthaltenen Umstand (den Empfang des Heirathsgutes), nicht aber auch den andern (die Zeit der Ausstellung) beweise, und zumal nach der Ansicht der Gegner consequenter Weise behauptet werden müßte, daß auch alle übrigen von dem Schuldner ausgestellten Beweisurkunden, wenn sie gleich mit einem über die Zeit der Concurseröffnung zurückreichenden Datum versehen sind, eines besondern Beweises über ihre Ausstellung vor dem Ausbruche des Concurses bedürften, um gegen die Gläubiger beweiskräftig zu sein, was jedoch gegen alle Grundsätze über den Beweis durch schriftliche Urkunden verstoßen, ja diesen Beweis ganz aufheben würde. Vgl. den Aufsatz von Winiwarter in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1827. I. S. 50; — Dr. F. Fischer's Beiträge zur Lehre vom rechtlichen Beweise (ebd. 1832. II. S. 47), und Haimerl's Bemerkungen über den Urkundenbeweis (ebd. 1835. II. S. 161).

4) Besondere Anordnungen bestehen hinsichtlich der Handelsleute, welche hauptsächlich in den Abs. 12—17, Abth. I der Fallitenordg. v. 18. August 1734, dann in dem Cod. di comm. B. I, Tit. 2, Art. 66—70, und im Art. XVI, §§. 9 u. 10 des ungar. Reichstages v. J. 1840 enthalten sind, und darauf abzielen, die Handelsgläubiger, insbesondere bei ausbrechendem Concurse, vor Benachtheiligungen durch übermäßige „Heirathsansprüche" der Gattin des Cridatars zu schützen.

§. 1227.

Gegenstand des Heirathsgutes u. Rechte des Ehemannes und der Ehefrau in Rücksicht desselben.

Alles, was sich veräußern und nutzen läßt, ist zum Heirathsgute geeignet. So lange die eheliche Gesellschaft fortgesetzt wird, gehört die Fruchtnießung des Heirathsgutes, und dessen, was demselben zuwächst, dem Manne. Besteht das Heirathsgut in barem Gelde, in abgetretenen Schuldforderungen oder verbrauchbaren Sachen, so gebührt ihm das vollständige Eigenthum.

§. 1228.

Besteht das Heirathsgut in unbeweglichen Gütern, in Rechten oder Fahrnissen, welche mit Schonung der Substanz benutzt werden können, so wird die Ehegattin so lange als Eigenthümerin und der Mann als Fruchtnießer desselben angesehen, bis bewiesen wird, daß der Ehemann das Heirathsgut für einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden hat.

1) Gegenstand des Heirathsgutes können alle körperlichen und unkörperlichen, beweglichen und unbeweglichen, verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen sein, wenn sie nur veräußerlich und nutzbringend sind, da sie dazu dienen sollen, dem Manne die Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu erleichtern. Bei einem unveräußerlichen Gute (z. B. einem Fideicommisse) kann nicht dieses selbst, sondern es können nur die Nutzungen desselben den Gegenstand des Heirathsgutes ausmachen.

2) Hinsichtlich der Rechte der Ehegatten auf das Heirathsgut kömmt zu unterscheiden, ob die eheliche Gesellschaft noch fortbesteht, oder ob sie durch den Tod des einen oder des andern Theiles bereits aufgelöst wurde (§. 1229). In der ersteren Beziehung stellt das Gesetz den Grundsatz auf, daß die Gattin Eigenthümerin des Heirathsgutes bleibt, und dem Manne nur die Fruchtnießung an demselben, nach Maßgabe der Vorschriften der §§. 509—520 zusteht. Hiervon finden jedoch folgende Ausnahmen statt, in welchen dem Manne das vollständige Eigenthum des Brautschatzes gebührt: a) wenn derselbe in verbrauchbaren Sachen besteht, da sie ohne Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren (§. 301) und deßhalb auch an sich selbst kein Gegenstand

der Fruchtnießung sein können (§. 510). Daß hierunter nach den Bestimmungen unseres Gesetzbuches auch das baare Geld zu rechnen sei, ist bereits mehrmals erwähnt worden (s. Bd. I, S. 621, und oben S. 173 u. 178 d. W.), so wie daß öffentliche und Privatschuldscheine nicht hierher gezählt werden können *); sie bleiben ein Eigenthum der Gattin, und dem Manne gebührt lediglich der Genuß der Zinsen (Dividenden). b) Ein anderes wäre aber der Fall, wenn ihm diese Schuldforderungen wirklich abgetreten, also im Wege der Cession (§. 1392) in sein Eigenthum übertragen worden. Da nun Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, nach §. 1393 schon durch die Uebergabe abgetreten werden, und nebst dem Besitze keines andern Beweises der Abtretung bedürfen, so müßte die Gattin, wenn sie sich das Eigenthum solcher Papiere vorbehalten will, vorsichtig zu Werke gehen, und allenfalls die Deponirung derselben bei Gericht oder bei einem sichern Dritten veranlassen. c) Endlich können auch unverbrauchbare Sachen in das Eigenthum des Mannes übergehen, wenn sie zu einem bestimmten Preise angeschlagen werden, aber nicht bloß, um bei der Rückforderung den Beweis des Werthes der etwa verlornen Sachen zu erleichtern (aestimatio taxationis gratia facta) **), sondern um eine käufliche Uebertragung (aestimatio venditionis gratia facta) zu bewirken ***), indem sich der Gatte nicht zur Zurückgabe der übernommenen Sachen in natura, sondern nur des dafür festgesetzten Geldbetrages verpflichtet.

3) Wird der Mann Eigenthümer des Heirathsgutes, so kann er es nach Belieben veräußern, verpfänden oder sonst mit Lasten beschweren; er erwirbt das Eigenthum des daraus entstehenden oder neu zu demselben kommenden Zuwachses, muß dagegen auch allen Aufwand zu dessen Erhaltung bestreiten, und den zufälligen Untergang der Sache tragen.

4) In wie ferne eine Sicherstellung des Heirathsgutes verlangt werden könne, ist im §. 1245 enthalten.

5) Ueber die Frage, ob die Beschränkungen, welche das französische Gesetzbuch in Ansehung der Heirathsgüter enthielt, noch anzuwenden seien, wenn das Heirathsgut unter den vorigen Gesetzen bestellt worden war, hat die oberste Justizstelle im Einverständniß mit der Gesetzgebungs-Hofcommission in Justizsachen durch Hofdec. v. 4. Februar 1816 entschieden, daß nun das neue b. G. B. in Anwendung komme, ohne Unterschied der Zeit, wann das Heirathsgut bestellt worden ist. — Diese mit dem Grundsatze des §. 5 unseres G. B. allerdings nicht im Einklage stehende Verfügung wurde wahrscheinlich aus Rücksicht für die Belebung des Verkehrs getroffen.

*) Die Ansicht Scheidlein's (a. a. O. S. 47), daß öffentliche Obligationen dem baaren Gelde gleich zu halten seien, scheint uns demnach offenbar unrichtig. Der Mann erlangt an denselben, wenn sie ihm nicht abgetreten wurden, nur den Zinsengenuß (§. 510).

**) Vgl. fr. 67, §. 7. Dig. l. c. (23, 3) und const. 21. Cod. l. c. (5, 12).

***) Quum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet jure communi, per pactum, quod doti insertum est, formato contractu, ex emto actionem esse. const. 10. Cod. ibd.

§. 1229.

Nach dem Gesetze fällt das Heirathsgut nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattin, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heim. Soll sie oder ihre Erben davon ausgeschlossen sein, so muß dieses ausdrücklich bestimmt werden. Wer das Heirathsgut freiwillig bestellet, kann sich ausbedingen, daß es nach dem Tode des Mannes auf ihn zurückfalle.

1) Da das Heirathsgut lediglich die Bestimmung hat, dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes zu dienen, so ist es natürlich, daß mit der Auflösung dieser Gesellschaft auch der Zweck seiner Bestellung hinwegfällt. Es entsteht demnach die weitere Frage, was sohin mit dem Heirathsgute zu geschehen habe. Hierbei müssen zwei Hauptfälle unterschieden werden, je nachdem nämlich der Mann oder die Gattin früher mit Tode abgeht *).

2) Ist das erste der Fall, so gelangt das Heirathsgut an die überlebende Ehegattin, mag es aus ihrem Vermögen, oder aus dem Vermögen eines Dritten, und von diesem in Erfüllung der ihm obliegenden gesetzlichen Verbindlichkeit oder freiwillig bestellt worden sein. Dieser Anfall tritt schon kraft des Gesetzes ein; er braucht also nicht insbesondere bedungen zu werden, und selbst wenn der Mann seiner Gattin das Heirathsgut vermacht (§. 669), so ist dieses Vermächtniß lediglich als ein Schuldvermächtniß (§. 665) anzusehen. Hiervon kann allerdings durch ein besonderes Uebereinkommen abgegangen werden, jedoch in so fern dadurch in die Rechte der Gattin eingegriffen werden sollte, nur dann, wenn sie giltig dazu eingewilliget hat. Hat demnach die volljährige Braut das Heirathsgut aus ihrem eigenen Vermögen bestellt, so kann sie beliebig darüber verfügen; war sie dagegen noch minderjährig, so ist die Genehmigung des Vaters oder Vormundes und des vormundschaftlichen Gerichtes zu einer solchen Verabredung erforderlich. Haben die Aeltern oder Großältern das Heirathsgut aus ihrem (der Aeltern) Vermögen gegeben, so dürfen sie der Bestellung desselben keine, die Rechte ihres Kindes beeinträchtigende Bedingung (z. B. daß das Heirathsgut nach dem Tode des Mannes an sie zurückfallen, oder an eine dritte Person gelangen solle) beifügen; eine solche würde sich nur auf jenen Theil desselben beziehen, der den Betrag eines „angemessenen" Heirathsgutes (§. 1220) übersteigt, also aus einem Acte reiner Liberalität hervorgeht. Rührt endlich das Heirathsgut von einem Dritten, zur Verabreichung desselben nicht verpflichteten Besteller her, so waltet kein Zweifel ob, daß dieser seiner Freigebigkeit beliebige Schranken

*) Der dritte mögliche, aber gewiß nur selten vorkommende Fall, daß beide zugleich sterben, oder wenigstens als zugleich verstorben angesehen werden müssen (§. 25), läßt sich ohne Schwierigkeit aus der Erörterung der beiden übrigen Fälle entscheiden. Vgl. Winiwarter, bürg. Recht. B. 4, S. 442.

setzen, also den Rückfall für sich oder für irgend eine andere Person bedingen kann *).

3) Stirbt die Gattin vor dem Manne, so fällt das Heirathsgut nach dem Gesetze an ihre Erben, und zwar, da das Gesetz nicht unterscheidet, sowohl an die testamentarischen, als an die Intestaterben, und ohne Unterschied, ob aus der Ehe Kinder vorhanden sind oder nicht; jedoch kann auch für diesen Fall ein abweichendes Uebereinkommen getroffen werden. Die Gattin kann nämlich auf das ihr zustehende Recht verzichten, und durch einen Act unter Lebenden oder auf den Todesfall ihren Gatten von der Zurückzahlung des Heirathsgutes befreien (§. 669); da aber eine solche Verfügung als eine Schenkung oder als ein legatum liberationis anzusehen kömmt, so ist sie rücksichtlich der Notherben der Gattin allen jenen Beschränkungen unterworfen, welche das Gesetz überhaupt in dieser Beziehung festgestellt hat. Daß ferner die Aeltern, wenn sie nur der ihnen obliegenden Ausstattungspflicht genügen, keinerlei Bedingungen festsetzen können, durch welche die gesetzlichen Anordnungen über das Heirathsgut eine Aenderung erleiden, ohne daß die dabei betheiligten Personen dazu einwilligen, wurde bereits oben (Z. 2) bemerkt. Eben so gewiß scheint es uns aber, daß anderseits dem freiwilligen Besteller des Heirathsgutes — wie gleichfalls schon oben angedeutet wurde — vollkommen freie Hand gelassen werden muß, daß derselbe daher unzweifelhaft auch die Bestimmung treffen kann, daß das Heirathsgut nach dem Tode der Gattin sogleich an ihn zurückfalle, oder an eine dritte, von ihm bezeichnete Person übergehe.

4) Wurde über die Zeit der Herausgabe des Heirathsgutes unter den Parteien keine Verabredung getroffen, so glauben wir, daß mit dem Aufhören der ehelichen Gemeinschaft jeder Grund für den Mann hinweggefallen sei, dasselbe weiter zu behalten, daß daher sogleich nach dem Tode der Gattin die Herausgabe desselben an ihre Erben zu erfolgen habe. Hiefür spricht insbesondere auch der §. 332 des Entwurfes zu unserem a. b. G. B., welcher die oben angedeutete Motivirung der in Frage stehenden gesetzlichen Verfügung deutlich ausgesprochen hatte, indem er sagt: „Weil das Heirathsgut dem Manne zur Bestreitung der Ehestandskosten ausgesetzt worden ist, so gilt die rechtliche Vermuthung, daß solches nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattin, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heimfalle **).

---

*) Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest; legem enim suae rei dicit. fr. 20. §. 1. Dig. de pact. dot. (23, 4).

**) Nippel (Erläut. Bd. 7. S. 580) findet noch eine weitere Begründung dieser Ansicht darin, daß der §. 1229 sich des Ausdruckes „stirbt" und nicht der Worte „gestorben ist" bedient. — Vgl. auch Helm, Kritik einiger besonderer, bei Auslegung der Gesetze vorkommenden Regeln (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1828. II. S. 288). — Dagegen behauptet Dr. J. A. Helfert in seiner Abhandlung über den Heimfall des Heirathsgutes bei Trennung der Ehe durch den Tod (Prag, 1843), daß dieser Heimfall jederzeit erst nach dem Ableben des Mannes eintrete. Er unterstützt diese Ansicht vorzüglich durch die Betrachtung, daß der Schlußsatz des §. 1229 nicht die Frage, ob sich der freiwillige

§. 1230.

2) Widerlage.

Was der Bräutigam oder ein Dritter der Braut zur Vermehrung des Heirathsgutes aussetzt, heißt Widerlage. Hiervon gebühret zwar der Ehegattin während der Ehe kein Genuß; allein, wenn sie den Mann überlebt, gebührt ihr ohne besondere Uebereinkunft auch das freie Eigenthum, obgleich dem Manne auf den Fall seines Ueberlebens das Heirathsgut nicht verschrieben worden ist.

§. 1231.

Weder der Bräutigam noch seine Aeltern sind verbunden, eine Widerlage zu bestimmen. Doch in eben der Art, in welcher die Aeltern der Braut schuldig sind, ihr ein Heirathsgut auszusetzen, liegt auch den Aeltern des Bräutigams ob, ihm eine ihrem Vermögen angemessene Ausstattung zu geben (§§. 1220—1223).

1) Das Rechtsinstitut der Widerlage (contrados) beruht auf einer äußerst schwankenden Grundlage; es scheint theils der donatio propter nuptias des römischen Rechtes, theils dem deutschrechtlichen Gegenvermächtnisse nachgebildet zu sein. Jene entstand erst unter den späteren Kaisern, in der Art, daß der Mann seiner Frau gegen die eingebrachte dos aus seinem Vermögen etwas aussetzte, damit sie im Falle seiner Verarmung oder seines Todes für sich und ihre Kinder gesichert sei. Weil aber die Schenkungen unter Ehegatten nicht zulässig waren, so mußte in früheren Zeiten diese Gegengabe vor Eingehung der Ehe ausgesetzt werden, und hieß deßhalb donatio ante nuptias. Erst Justinian erlaubte die Aussetzung derselben auch während der Ehe, und gab ihr nun den Namen donatio

---

Besteller den Rückfall des Heirathsgutes bedingen könne, sondern vielmehr den Zeitpunkt dieses Rückfalles bestimmen wollte, und schließt dann weiter, daß, wenn schon in jenem Falle, da sich der freiwillige Besteller eines Heirathsgutes den Rückfall ausbedungen hat, der Heimfall erst nach dem Tode des Mannes Platz greift, dieses um so viel mehr statt finden müsse, wenn das Heirathsgut an andere (vertragsmäßig oder gesetzlich) berufene Personen gelangen soll! — Die Argumentation wäre ganz richtig, wenn der Vordersatz stichhältig wäre. Dieß scheint uns aber bei reiflicher Erwägung nicht der Fall zu sein. Es wäre nämlich für's Erste nicht abzusehen, wie der Gesetzgeber dazu gelangen sollte, den freiwilligen Besteller des Heirathsgutes derart zu beschränken, daß dieser sich den Rückfall desselben gleich nach dem Tode der Gattin nicht sollte bedingen können; Zweitens aber scheint der Schlußsatz des §. 1229 eben nur den gewöhnlichsten Fall vor Augen zu haben, und in seiner Stylisirung überhaupt keinen sichern Anhaltspunkt zu gewähren, denn nach dem trockenen Wortlaute desselben könnte auch nicht festgesetzt werden, daß das Heirathsgut nach dem Tode des Mannes an eine dritte Person übergehen soll, was doch Niemand behaupten wird.

propter nuptias *). — Das Gegenvermächtniß (die Gab durch der Ehe willen) entstand in Deutschland von der Zeit an, als die Zubringung eines Heirathsgutes Sitte wurde, in der Art, daß der Ehemann seiner Frau eine Geldsumme oder ein Gut anwies, in der Absicht, ihr auch von seiner Seite ein Vermögen zu sichern; und es ist nach Mittermaier (a. a. O. §. 393) unter der Widerlage im Allgemeinen Geld und Gut gemeint, welches der Ehemann der dotirten Ehefrau mit der Bestimmung auswirft, daß sie davon im Falle des Ueberlebens oder einer vom Ehemanne verschuldeten Scheidung den lebenslänglichen Nießbrauch und, wenn keine Kinder da sind, das Eigenthum erhalten soll. — In Oesterreich enthält zuerst die Josephinische Gesetzgebung (III. H. St. §§. 77 u. ff.) nähere Bestimmungen über die Widerlage, wiewohl diese selbst auch schon früher bekannt war **). Der Entwurf zu unserem G. B. (Th. III. §. 333) bezeichnet als die Widerlage oder Gegensteuer dasjenige, was der Bräutigam oder ein Dritter der Braut zur Sicherstellung, oder auch zur Vermehrung des Heirathsgutes aussetzt. Unser a. b. G. B. selbst hat endlich den Begriff näher festgestellt, indem es die bloße Versicherung des Heirathsgutes gänzlich ausschied. Demnach ist die Widerlage gegenwärtig eine Vermehrung des Heirathsgutes, die aber nicht von der Frau oder denjenigen herrührt, welche für sie das Heirathsgut bestellten, sondern vielmehr als Gegenleistung von dem Manne oder für ihn von einem Dritten ausgesetzt wird. Es besteht übrigens hierzu keine gesetzliche Verpflichtung, weder für den Gatten gegenüber seiner Gattin, noch für die Aeltern des Mannes in Beziehung auf diesen (§. 1231), während die Tochter nach Umständen allerdings ein Heirathsgut zu fordern berechtiget erscheint (§. 1220).

2) Die Widerlage setzt, als Vermehrung des Heirathsgutes, nothwendig den Bestand eines solchen voraus. Der §. 77 des Josephin. G. B. sagt zwar, freiwillig könne sowohl eine Widerlage ohne Heirathsgut, als ein Heirathsgut ohne Widerlage bestellt werden, allein schon der §. 333 des galiz. G. B. (Th. III) hat eine der Vorschrift des §. 1230 sich nähernde Bestimmung aufgenommen. Wurde daher gar kein Heirathsgut bedungen ***), so kann auch von einer Widerlage keine Rede sein, und wenn sich

*) Inst. de donat. (2, 7) §. 3. — Cod. (5, 3) de donat. ante nupt. vel propter nupt. et sponsal.

**) Vgl. z. B. Greneck's Theatrum jurisdictionis u. A.

***) Hiermit ist nicht gesagt, daß die Gattin, wenn sie die Herausgabe der Widerlage von den Erben des Ehemannes begehrt, auch die wirklich geschehene Uebergabe eines Heirathsgutes erweisen müsse; es genügt, wenn ein solches zugesichert, und über diese Zusicherung eine Widerlage ausgesetzt wurde. Im Gesetze ist nirgends ausgesprochen, daß der Anspruch der Gattin auf dieselbe von einer Bedingung abhängig sei. Sollte daher das Unterbleiben der Uebergabe des Heirathsgutes zu einer auflösenden Bedingung für das von dem Manne gemachte Versprechen einer Widerlage erhoben werden, so bedürfte es dazu einer besonderen Verabredung. Hat der Mann von seinem Rechte, die Uebergabe des Heirathsgutes zu fordern, keinen Gebrauch gemacht, so hat diese einseitige Handlung doch in keinem Falle die Auflösung des Vertrages und das Erlöschen der von ihm übernommenen Verbindlichkeit zur Folge. Er kann zwar auf sein Recht verzichten, nicht aber dadurch dem Rechte seiner Gattin

in den Ehepacten dennoch dieses Ausdruckes bedient würde, so kann darunter doch nur ein anderweitiges Uebereinkommen, und zwar, wie uns scheint, eine Schenkung auf den Todesfall verstanden werden, da sie erst nach dem Tode des Gatten ihre Wirksamkeit äußert *).

3) Da die Widerlage (im eigentlichen Sinne) als eine Vermehrung des Heirathsgutes erscheint, so ist sie denselben Gesetzen, wie dieses, unterworfen. Die Verwaltung sowohl als die Benützung gehört also während der Ehe dem Manne oder dem Dritten, der sie bestellt hat **). Stirbt die Gattin vor dem Gatten, so äußert die Widerlage in der Regel keine Wirkung; ihre Erben haben darauf keinen Anspruch. Ueberlebt sie aber den Mann, so gebührt ihr das „freie Eigenthum", sie kann also auf die Uebergabe dessen dringen, was zur Widerlage bestimmt wurde; ein Vindicationsrecht gegen einen dritten Erwerber steht ihr aber nicht zu, weil sie eben vor dem Tode des Mannes noch nicht Eigenthümerin derselben geworden war. — Nur ausnahmsweise kann die Widerlage auch bei Lebzeiten des Mannes gefordert werden, wenn auf die Trennung der Ehe durch Urtheil erkannt wird, und der Gattin dießfalls kein Verschulden zur Last fällt (§. 1266). Dagegen kann die Sicherstellung der Widerlage sowohl im Falle eines über das Vermögen des Mannes ausgebrochenen Concurses (§. 1260), als auch wenn sonst eine Gefahr eintritt (§. 1245), verlangt werden.

4) Der Anspruch der Ehegattin auf die Widerlage nach dem Ableben des Mannes erheischt keine besondere Uebereinkunft, da er in dem Begriffe dieses Vertrages gelegen erscheint; auch ist er davon unabhängig, daß dem Manne seinerseits das Heirathsgut für den Fall seines Ueberlebens zugesichert worden; ja es scheint, daß, ohne den Begriff der Widerlage aufzuheben, gar nicht bestimmt werden kann, daß sie nach dem Tode des Mannes an eine andere Person, als die Gattin (z. B. den dritten Besteller) übergehe, weil Letztere sonst gar keinen Vortheil daraus ziehen könnte.

5) Die Bestellung einer Widerlage erscheint als ein entgeltlicher Act, da er die Zusicherung eines Heirathsgutes voraussetzt. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Betrag der Widerlage jenen des Heirathsgutes

---

Abbruch thun, und deßhalb steht auch seinen Rechtsnachfolgern nicht das Befugniß zu, das Recht der überlebenden Gattin auf die Widerlage aus dem Grunde zu bestreiten, daß der Mann nicht auf Erfüllung des ihm bezüglich des Heirathsgutes zugestandenen Rechtes gedrungen hat. In diesem Sinne erfolgte auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 12. Februar 1852, Z. 609, in einem in der allg. österr. Ger.-Ztg. (J. 1852, Nr. 34) mitgetheilten Rechtsfall.

*) Scheidlein, a. a. O. S. 77, und Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 584. Anderer Meinung ist Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 445, und zwar vornehmlich deßhalb, weil nach §. 1266 der Fall eintreten kann, daß die Widerlage auch bei Lebzeiten des Gatten geleistet werden müßte, was bei einer Schenkung auf den Todesfall nicht stattfinden kann. Allein wir behaupten eben, daß eine solche Widerlage — wenn sie auch diesen Namen führt — eigentlich keine Widerlage ist, halten demnach die Vorschrift des §. 1266 auf dieselbe nicht für anwendbar.

**) Vgl. §. 79 des Joseph. G. B.

übersteigt oder nicht, da zur Entgeltlichkeit einer Leistung durchaus nicht gefordert wird, daß diese ihrem Werthe nach genau dem Werthe der Gegenleistung entspreche. Allerdings genießt aber die Widerlage den Vorzug der dritten Classe im Concurse der Gläubiger nur in so weit, als sie den Betrag des wirklich abgeführten Heirathsgutes nicht überschreitet *).

6) Verschieden von der Widerlage ist die Ausstattung **), d. i. dasjenige, was die Aeltern ihren Söhnen oder Enkeln, aus Anlaß ihrer Verehelichung zur Erleichterung des Aufwandes, der bei dem Eintritte in den ehelichen Stand sich als nöthig darstellt, geben (s. Bd. 2, S. 723 d. W.). Die Braut oder Gattin hat überhaupt kein Recht, eine solche zu verlangen, wohl aber der Bräutigam oder Gatte nach denselben Bestimmungen, welche in den §§. 1220—1223 für die Verabreichung eines Heirathsgutes aufgestellt sind, mithin nur dann, wenn der Bräutigam kein eigenes Vermögen besitzt (§. 1219), und jedenfalls nur einmal (nach §. 1223), auch kann sie nicht gefordert werden, wenn sich der Sohn ohne Wissen oder gegen den Willen seiner Aeltern verehelicht hat und das Gericht im letzteren Falle die Ursache der Mißbilligung gegründet findet (§. 1222) ***). Dagegen ist in Beziehung auf diesen Anspruch gleichgiltig, ob von Seite der Braut ein Heirathsgut eingebracht wurde oder nicht. Die Einrechnung der Ausstattung in den Pflichttheil und in den gesetzlichen Erbtheil verordnen die §§. 788 und 790.

§. 1232.

Das Geschenk, welches der Mann seiner Gattin am ersten Morgen zu geben verspricht, heißt Morgengabe. Ist dieselbe versprochen worden, so wird im Zweifel vermuthet, daß sie binnen den ersten drei Jahren der Ehe schon überreicht worden sei. 3) Morgengabe.

1) Die Morgengabe ist deutschrechtlichen Ursprungs. Sie entstand frühzeitig als ein Geschenk, das der Frau für das dem Manne gebrachte Opfer †) am Morgen nach der Brautnacht gegeben wurde, und gebührte daher zunächst nur einer Jungfrau, erst später bekamen sie auch Witwen, welche wieder heiratheten. Nach unserem Gesetze kann ein Anspruch auf die-

---

*) §. 19, lit. e, der a. C. O., §. 129, lit. e, der gal. und §. 121, Z. 5, der ital. G. O. — Die ungar. und siebenb. C. O. gesteht der in Frage stehenden Forderung keine Begünstigung zu.

**) Ueber Ausstattung und Ausfertigung in Schopf's Archiv. 1837. I. S. 90.

***) Der §. 22 des Ehegesetzes v. 8. October 1856 bestimmt für den Fall, als ein Minderjähriger eine Ehe ohne die erforderliche Einwilligung des Vaters oder jener des Gerichtes schließt, daß beide Aeltern der Verbindlichkeit enthoben sind, eine Ausstattung zu geben.

†) Als „ein Gut, das der Frau um die höchste Ehre, die ihr Gott gegeben, geschenkt wird", wie es im Rechtsbuche Kaiser Ludwigs heißt. Mittermaier, a. a. O. S. 398.

selbe nur durch einen Vertrag begründet werden, und dieser muß, um ein Klagerecht herbeizuführen, wenn die Uebergabe nicht unter Einem erfolgt, schriftlich abgeschlossen werden (§. 943), weil der §. 1232 die Morgengabe ausdrücklich als Geschenk bezeichnet.

2) Da die Morgengabe ursprünglich als munus virginitatis angesehen wurde, so scheint gegenwärtig doch mindestens behauptet werden zu müssen, daß der Anspruch auf dieselbe die wirkliche Vollziehung der Ehe voraussetze *); würde also der Tod des einen oder des andern Ehegatten vor derselben eintreten, so scheint die Morgengabe weder von der überlebenden Ehegattin, noch, wenn sie früher verstorben ist, von den Erben derselben gefordert werden zu können. Dagegen halten wir den Anspruch auf diese Gabe allerdings für begründet, wenn nach stattgefundener ehelicher Beiwohnung die Gattin auch nicht den Morgen der Ehe erlebt hätte **).

3) Die Morgengabe kann sogleich gefordert werden, da das Gesetz keinen späteren Termin zur Auszahlung derselben feststellt; so lange die eheliche Verbindung dauert, kann auch eine Verjährung der bezüglichen Forderung nicht Platz greifen (§. 1495), und selbst nach Aufhebung derselben stehen noch dreißig Jahre für die Geltendmachung dieses Anspruches offen (§. 1478). Eigenthümlich aber ist die im Schlußsatze des §. 1232 ausgesprochene Vermuthung, vermöge welcher die Gattin, wenn sie erst nach Ablauf von drei Jahren nach eingegangener Ehe auf die Erfüllung des ihr gemachten Versprechens dringt, im Falle der Einwendung der bereits erfolgten Zahlung beweisen muß, daß diese nicht erfolgt sei.

4) Im Concurse der Gläubiger kömmt die Morgengabe zu Folge des Hfd. v. 20. Juni 1782, Nr. 54 der J. G. S., lit. e, und des Hfd. v. 1. Juli 1782, Nr. 61 ebd., lit. d, als eine Schenkung in die sechste Classe zu versetzen.

§. 1233.

4) Gütergemeinschaft.

Die eheliche Verbindung allein begründet noch keine Gemeinschaft der Güter zwischen den Eheleuten. Dazu wird ein besonderer Vertrag erfordert, dessen Umfang und rechtliche Form nach den §§. 1177 und 1178 des vorigen Hauptstückes beurtheilet wird.

Schon das Josephinische G. B. hatte im §. 97 des III. G. St. die Verfügung getroffen, daß eine Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten in

---

*) Anderer Meinung ist Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 447, und Ellinger, Handb. S. 464, und wir können nicht leugnen, daß der ganz unbestimmte Wortlaut des §. 1232 zu ihren Gunsten zu sprechen scheint.

**) Scheidlein, a. a. O. S. 83, meint, daß der „Morgen" nicht die Zeit des Entstehens, sondern nur der Erfüllung der Verbindlichkeit bezeichne, daß also die Morgengabe gefordert werden könne, wenn die Ehe auch nicht bis zum nächsten Morgen dauerte; dagegen behauptet Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 587), daß das Recht auf die Morgengabe erst mit dem Anbruche des Morgens erworben wird, früher daher auch nicht von der Gattin auf ihre Erben übertragen werden kann

keinem Falle als bestehend angesehen werden solle, als wenn der Vertrag, wodurch sie eingegangen worden, von den Parteien rechtsbeständig erwiesen wird. Unser Gesetzbuch ist, wie wir schon oben (S. 409) bemerkt haben, diesem Grundsatze treu geblieben. Es bedarf also auch gegenwärtig zur Begründung einer Gütergemeinschaft unter den Ehegatten eines besonderen Uebereinkommens, dessen Umfang und Form nach den §§. 1177 und 1178 zu beurtheilen kömmt, dessen Wirkungen jedoch in den folgenden Paragraphen näher bestimmt werden.

§. 1234.

Die Gütergemeinschaft unter Ehegatten wird in der Regel nur auf den Todesfall verstanden. Sie gibt den Ehegatten das Recht auf die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern nach Ableben des anderen Ehegatten noch vorhanden sein wird.

1) Im Allgemeinen äußert der Vertrag über eine Gütergemeinschaft sogleich seine Wirksamkeit. Rücksichtlich der ehelichen Gütergemeinschaft hat aber der Gesetzgeber eine Ausnahme festgesetzt, welche vermuthlich durch die Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs geboten wurde. Diese Gemeinschaft äußert demnach in der Regel (die Ausnahmen sind in den §§. 1236, 1262 und 1266 enthalten) keine Wirksamkeit, so lange die Ehe dauert. Jeder Ehetheil kann sowohl über das, was er schon früher besaß, als über jene Güter, die er während der Ehe erwirbt, oder sonst auf was immer für eine Art überkommt (§. 1237) unter Lebenden frei verfügen (s. die Einschränkung im §. 1236); und der andere Theil kann weder auf die Substanz noch auf die Nutzungen dieser Güter einen Anspruch machen, ja nicht einmal eine Sicherstellung seines künftig erst zur Wirksamkeit gelangenden Rechtes begehren.

2) Dagegen kann von Seite keines Ehegatten eine letztwillige Anordnung getroffen werden, welche dem Rechte des Andern Eintrag thäte. Dieses Recht besteht aber in dem Anspruche auf die Hälfte der der Gemeinschaft unterzogenen, und zur Zeit des Ablebens des andern Ehegatten noch vorhandenen Güter, mögen diese nun, wie bei der universellen Gütergemeinschaft, das ganze Vermögen, oder, wie bei der generellen oder speciellen Gemeinschaft, nur einzelne Vermögensbestandtheile (wie z. B. eine Bauernwirthschaft u. dgl.) umfassen; daß hierbei Lehen, Fideicommisse und andere Güter, über welche den Ehegatten keine freie Verfügung zusteht, außer Anschlag kommen, versteht sich von selbst.

3) Da das Gesetz übrigens, wie aus den Worten desselben klar erhellet, nur eine Vermuthung aufstellt, die durch eine ausdrückliche Gegenerklärung entkräftet werden kann, so unterliegt es keinem Zweifel, daß unter den Ehegatten auch eine solche Gütergemeinschaft verabredet werden könne, welche schon unter Lebenden ihre Wirksamkeit äußert. Dieser zu Folge würde das der Gemeinschaft unterzogene Vermögen sogleich ein gemeinschaftliches Eigenthum beider Ehegatten, und kein Theil könnte

ohne Einwilligung des Andern giltig darüber verfügen, auch die Nutzungen würden sofort gemeinschaftlich *).

4) Obwohl die Gütergemeinschaft in der Regel erst bei dem Todesfalle eines oder des andern Ehegatten wirksam wird, so hat sie doch nicht die Natur einer letztwilligen Anordnung, und braucht demnach auch nicht mit den Erfordernissen derselben versehen zu sein. Nur für den Erbvertrag ist im §. 1249 eine derartige Vorschrift enthalten; während der §. 1233 bezüglich der rechtlichen Form der Gütergemeinschaft vielmehr auf den §. 1178 verweist.

5) In wie weit dasjenige, was dem überlebenden Ehegatten gemäß der Ehepacte zufällt, in den gesetzlichen Erbtheil einzurechnen komme, ist in den §§. 757 und 758 enthalten.

§. 1235.

Bei einer Gemeinschaft, die sich auf das ganze Vermögen bezieht, sind vor der Theilung alle Schulden ohne Ausnahme, bei einer Gemeinschaft aber, die bloß das gegenwärtige, oder bloß das künftige Vermögen zum Gegenstande hat, nur diejenigen Schulden abzuziehen, die zum Nutzen des gemeinschaftlichen Gutes verwendet worden sind.

1) Wenn es sich nach dem Ableben des einen Ehegatten um die Theilung des der Gemeinschaft unterzogenen Vermögens handelt, so kömmt zu unterscheiden, ob sich die Gütergemeinschaft auf das gesammte Vermögen erstreckte, oder ob sie nur das gegenwärtige, oder nur das künftige Vermögen, oder vielleicht gar nur einzelne Vermögensbestandtheile zum Gegenstande hatte. — Bezog sich die Gütergemeinschaft auf das ganze Vermögen, so ist nur Eine Vermögensmasse vorhanden, aus welcher daher vorerst alle Schulden zu bezahlen sind, ohne Rücksicht, ob sie von dem einen oder dem andern Ehegatten, oder von beiden gemeinschaftlich, und ob sie im gemeinschaftlichen Interesse oder zum Privatvortheile eines Einzelnen contrahirt worden sind. Dagegen müssen die Vermächtnisse aus dem Antheile desjenigen bestritten werden, der sie angeordnet hat, da, wie schon oben (S. 431) angedeutet wurde, kein Theil durch letztwillige Verfügungen dem Rechte des Andern zu nahe treten darf. Der nach Abzug der Schulden erübrigende (reine) Nachlaß kömmt sohin in zwei Hälften zu theilen, von denen die Eine dem überlebenden Gatten in Folge der Gütergemeinschaft zufällt, während die Andere den testamentarischen oder Intestaterben des Verstorbenen gebührt.

2) Erstreckt sich die Gütergemeinschaft nur auf das gegenwärtige Vermögen, so hat der überlebende Ehegatte nur auf die Hälfte dessen Anspruch, was beim Ableben des andern Ehegatten noch davon vorhanden ist. Die zweite Hälfte, so wie Alles, was der Verstorbene erst nach eingegan-

*) Nippel, Erläut. Bd. 7. S. 591.

gener Ehe erworben hat, kömmt auf seine Erben. Wurde dagegen nur das künftige Vermögen der Gemeinschaft unterzogen, so wird nur das während der Ehe Erworbene (oder Ererbte) in zwei Theile getheilt, während das von dem Verstorbenen schon ursprünglich besessene Vermögen ganz an seine Erben gelangt. In beiden Fällen sind in der Regel die Schulden nur aus dem eigenen Vermögen dessen, der sie gemacht hat, und aus dem ihm von den gemeinschaftlichen Gütern zufallenden Antheile zu bezahlen. Jeder Ehetheil kann über sein, der Gemeinschaft nicht unterzogenes Vermögen, so wie über den ihm aus dieser selbst gebührenden Antheil, sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall frei verfügen.

3) Ist unter der Gemeinschaft des zukünftigen Vermögens das Ererbte nicht begriffen gewesen (§. 1197), so kommen auch die Schulden, die ein oder der andere Ehetheil mit der ihm angefallenen Erbschaft übernommen hat, nicht aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, sondern aus dem Antheile desjenigen zu berichtigen, der die Erbschaft gemacht hat.

4) Eine Ausnahme von dem unter Z. 2 aufgestellten Grundsatze findet in so fern statt, als es sich um Auslagen handelt, die zum Nutzen des gemeinschaftlichen Gutes, wenn auch nur von einem oder dem andern Theile, verwendet worden sind; diese sind nämlich auch bei einer partiellen Gütergemeinschaft vor der Theilung abzuziehen. Winiwarter*) rechnet hierunter auch die zur Bestreitung des gemeinschaftlichen Haushaltes aufgewendeten Kosten, wenn die Gütergemeinschaft sich auf das künftige Vermögen bezieht, weil der Mann dadurch, daß er das erworbene Vermögen der Gütergemeinschaft widmet, seiner Unterhaltspflicht (§. 91) bereits Genüge geleistet habe; allein die allgemein lautende Verfügung des eben erwähnten §. 91 scheint dieser Auslegung eben so sehr entgegen zu stehen, als die Ausdrucksweise des §. 1235 selbst. Aus gleichem Grunde können wir auch der Ansicht Ellinger's**) nicht beipflichten, wenn er meint, daß die Krankheitskosten des verstorbenen Ehegatten aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu bestreiten seien, weil die Person des Ehegenossen doch nicht als „Gut" angesehen werden kann.

5) Nicht selten kommt in Ehepacten die Verabredung einer allgemeinen Gütergeinschaft, und neben derselben die Bestimmung eines Heirathsgutes und einer Widerlage vor. In dieser Beziehung ist nun die Ansicht geltend gemacht worden, daß eine solche Verbindung unzulässig sei, und daher die Gütergemeinschaft den Vorbehalt des Heirathsgutes und der Widerlage verschlinge. Mit Recht wird aber hiergegen bemerkt***), daß

*) Bürg. Recht. Bd. 4, S. 452.

**) Handb. S. 465.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 128. — Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 592. — Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 450, und Dierl, in seiner civilrechtlichen Untersuchung über die Vereinbarkeit des Heirathsgutes und der Widerlage mit der allgemeinen Gütergemeinschaft (Jurist. Bd. 5, S. 296). — In gleichem Sinne wurde auch der von Dr. Y*. im Juristen (Bd. 14, S. 490) mitgetheilte Rechtsfall entschieden, in welchem die Braut ihrem Bräutigam ein Heirathsgut von 4000 fl. zubrachte, welches von ihm mit 6000 fl. widerlegt, und wobei zugleich eine allgemeine Gütergemeinschaft (mit Ausnahme einer ausdrücklich bezeichneten Realität) stipulirt worden war.

es ja den Paciscenten unbenommen ist, zu bestimmen, was von der Gütergemeinschaft ausgenommen sein soll, und daß ein zweifelhafter Vertrag (nach §. 914) so ausgelegt werden müsse, daß er keinen Widerspruch enthalte, und von Wirkung sei. In einem solchen Falle kämen daher bei dem Ableben des Mannes Heirathsgut und Widerlage als wirkliche Forderungen zu Gunsten der Gattin voraus abzuziehen, und erst der Rest, als das der Gütergemeinschaft unterzogene Vermögen zu theilen.

§. 1236.

Besitzt ein Ehegatte ein unbewegliches Gut, und wird das Recht des anderen Ehegatten zur Gemeinschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen, so erhält dieser durch die Eintragung auf die Hälfte der Substanz des Gutes ein dingliches Recht; vermöge dessen der eine Ehegatte über diese Hälfte keine Anordnung machen kann; auf die Nutzungen aber während der Ehe erhält er durch die Einverleibung keinen Anspruch. Nach dem Tode des Ehegatten gebührt dem überlebenden Theile sogleich das freie Eigenthum seines Antheiles. Doch kann eine solche Einverleibung den auf das Gut früher eingetragenen Gläubigern nicht zum Nachtheile gereichen.

1) Von der Regel des §. 1234, daß eine Gütergemeinschaft unter Ehegatten nur auf den Todesfall eines oder des andern Theiles ihre Wirksamkeit äußert, findet eine Ausnahme statt, wenn ein Ehegatte ein der Gemeinschaft unterzogenes unbewegliches Gut besitzt, und zugleich einwilliget, daß das Recht des andern Ehegatten auf dasselbe in die öffentlichen Bücher eingetragen werde. Ohne diese Einwilligung könnte eine solche Eintragung selbst nicht im Wege der Pränotation erfolgen, da es Niemanden gestattet ist, die ihm vertragsmäßig zustehenden Rechte einseitig zu erweitern *).

2) Durch die gedachte Eintragung erhält der Gatte, zu dessen Gunsten sie erfolgte, ein beschränktes Eigenthum auf die Hälfte des betreffenden Gutes, beschränkt in der Art, daß er bei Lebzeiten des andern Theiles dieselbe weder veräußern, noch belasten, auch keine Nutzungen daraus ziehen kann, wohl aber nach dem Tode seines Ehegenossen sogleich zum freien Eigenthümer wird, ohne daß es einer neuerlichen Eintragung bedürfte. Dieselben Ansprüche kommen im Falle seines früheren Ablebens seinen Erben zu, wenn nicht etwas anderes bedungen wurde.

3) Anderseits kann der Gegentheil über die in Frage stehende Hälfte keine Anordnung machen, welche dem darauf begründeten Anspruche entgegen träte. Eine eigenmächtige Veräußerung, Verpfändung oder sonstige Belastung des gemeinschaftlichen Gutes würde also nur bezüglich der einen

---

*) Anderer Meinung ist Scheidlein, a. a. O. S. 112.

(unbelasteten) Hälfte desselben von Wirksamkeit sein, und auch die Gläubiger des betreffenden Ehegatten können nur diese Hälfte zur Befriedigung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen. Doch gilt dieß nicht von jenen Gläubigern, deren Rechte bereits früher auf dem fraglichen Gute eingetragen waren, wie der Schlußsatz des §. 1236 übereinstimmend mit den, über die Priorität der dinglichen Rechte im Allgemeinen bestehenden Grundsätzen, ausdrücklich hervorhebt.

4) Was in dem vorstehenden Paragraphen bezüglich der Eintragung auf ein unbewegliches Gut verfügt wird, muß im Wege der Analogie auch auf die in den öffentlichen Büchern eingetragenen Hypothekar-Capitalien angewendet werden (vgl. Bd. I, S. 620, Z. 4 d. W.).

§. 1237.

Haben Eheleute über die Verwendung ihres Vermögens keine besondere Uebereinkunft getroffen, so behält jeder Ehegatte sein voriges Eigenthumsrecht, und auf das, was ein jeder Theil während der Ehe erwirbt, und auf was immer für eine Art überkommt, hat der andere keinen Anspruch. Im Zweifel wird vermuthet, daß der Erwerb von dem Manne herrühre.

5) Verwaltung und Nutznießung des ursprünglichen oder erworbenen Vermögens.

1) Wir haben schon mehrmals hervorgehoben, daß nach unserem Gesetze die Ehe an und für sich keine Veränderung in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten hervorbringe; kein Theil haftet daher mit seinem Vermögen für die von dem Andern eingegangenen Verbindlichkeiten. Deßungeachtet hatte schon das römische Recht die s. g. praesumtio Muciana aufgestellt, vermöge welcher Alles, was sich im Hause des Mannes oder in den Händen der Frau findet, als von dem Gatten herrührend anzusehen kömmt *), und eine ähnliche Vermuthung findet sich auch in dem Schlußsatze des vorstehenden Paragraphen ausgesprochen. Sie stützt sich auf die im §. 91 dem Manne auferlegte Verpflichtung, das Hauswesen zu leiten, und der Gattin den anständigen Unterhalt zu verschaffen, so wie auf die Vorschrift des §. 92, vermöge welcher die Frau dem Manne in der Haushaltung und Erwerbung beizustehen hat, endlich auf die allgemeine Wahrnehmung, daß der Mann denn doch in der Regel als der erwerbende Theil erscheint. Natürlicher Weise kann diese Vermuthung aber durch einen Gegenbeweis entkräftet werden, gleichwie sie auch andern im Gesetze aufgestellten Vermuthungen (z. B. jener des §. 1247) weichen muß **).

---

*) Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat, existimare a viro aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. fr. 51. Dig. de donat. inter vir. (24, 1).

**) Dagegen können wir der Ansicht Scheidlein's (Miscell. 3. Hft. S. 3) u. A. nicht beipflichten, welche meinen, daß die Vermuthung des §. 1237 nicht geltend gemacht werden könne, wenn andere — wiewohl nicht gesetzlich aner-

Sie gilt endlich überhaupt nur von dem erworbenen, nicht aber von dem ererbten, oder dem schon ursprünglich, zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhanden gewesenen Vermögen der Ehegatten, in Ansehung dessen es ohnehin in der Regel nicht schwer halten wird, einen Beweis herzustellen.

2) Sollte ein Zweifel darüber obwalten, ob ein Theil des Vermögens erst erworben oder bereits zur Zeit der Abschließung der Ehe im Besitze einer der Brautpersonen gewesen sei, so kann die oben aufgestellte Vermuthung ebenfalls nicht geltend gemacht werden. In dieser Beziehung müßte überhaupt der Besitzstand als entscheidend angesehen werden (§§. 323 u. 372), so daß derjenige, der gegen denselben das Eigenthum einer Sache anspricht, den Beweis darüber zu führen hätte *).

§. 1238.

So lange die Ehegattin nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermuthung, daß sie dem Manne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe.

§. 1239.

Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung zwar überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen; doch haftet er nur für das Stammgut oder Capital. Ueber die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen ist er, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, keine Rechnung schuldig; diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtiget angesehen.

1) So wie jeder Ehegatte, wenn kein besonderes Uebereinkommen bei Eingehung der Ehe getroffen wurde, sein voriges Eigenthumsrecht behält (§. 1238), so übt das eheliche Verhältniß auch auf die Verwaltung des Vermögens an und für sich keinen Einfluß. Ist die Gattin minderjährig, so kommt sie zwar in Rücksicht ihrer Person unter die Gewalt des Mannes, in Hinsicht auf das Vermögen aber hat der Vater oder Vormund bis zu ihrer Großjährigkeit die Rechte und Pflichten eines Curators, und es hängt von der Beurtheilung des Gerichtes ab, ob die Curatel dem Ehegatten abgetreten werden soll (§§. 175 und 260). Nichts desto weniger scheint es der Natur des Verhältnisses angemessen, daß die großjährige Gattin die Verwaltung ihres Vermögens dem Manne überlasse, der schon nach §. 91 berufen

---

kannte — Gründe dafür sprechen, daß die Gattin zu dem Erwerbe ihres Mannes beigetragen habe, wie wenn er z. B. als Beamter einen bestimmten Gehalt bezieht, sie eine Putzhändlerin ist, oder wenn Mann und Weib Taglöhner sind, oder der Mann sich mit Holzhacken, das Weib mit Holzschneiden beschäftigt u. dgl. m.

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 600.

ist, sie in allen Vorfällen zu vertreten. Das Gesetz vermuthet daher auch eine solche Uebertragung, welcher jedoch von der Gattin jederzeit widersprochen werden kann. Ingleichen erlischt diese stillschweigende Bevollmächtigung durch den Ausbruch des Concurses über das Vermögen des einen oder andern Ehegatten (§. 1024), und wohl auch durch die Scheidung von Tisch und Bett (Bd. I, S. 332 d. W.), da diese das innige Zusammenleben der Ehegatten, auf welche sich obige Vermuthung gründet, aufhebt. Auch scheint dem Ehemanne, wenn er selbst noch minderjährig ist, das in Frage stehende Verwaltungsbefugniß nicht zuzukommen, da es wohl sonderbar wäre, wenn ihm, der seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen außer Stande ist, die Führung fremder Geschäfte anvertraut würde.

2) Der Mann ist hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens seiner Gattin als stillschweigend bevollmächtigt anzusehen; und zwar ist seine Vollmacht eine unbeschränkte, da keine gesetzliche Anordnung vorhanden ist, aus welcher eine allfällige Beschränkung entnommen werden könnte *), und eine allgemeine, wobei er aber selbst zur Eingehung solcher Geschäfte, die nach §. 1008 eine besondere Vollmacht erheischen, keiner weiteren Ermächtigung zu bedürfen scheint, da seine Bevollmächtigung nach §. 1034 aus dem Gesetze herrührt, und nicht durchgängig nach den Grundsätzen des 22. H. St., II. Thls. des b. G. B. zu beurtheilen kömmt (vgl. Bd. I, S. 302 d. W.). Dagegen steht dem Manne, wenn es nicht insbesondere bedungen wurde, keinesfalls auch der Fruchtgenuß des Vermögens seiner Gattin zu, es können daher auch die Nutzungen desselben von seinen Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden.

3) Eine eigenthümliche, aber wieder auf der Innigkeit des ehegattlichen Verhältnisses beruhende Verfügung ist es, daß der Mann in Beziehung auf die in Frage stehende Verwaltung nur für das Stammgut oder Capital zu haften, über die Nutzungen desselben aber, und ihre Verwendung keine Rechnung zu legen habe. Man muß vielmehr annehmen, daß damit die Kosten des gemeinschaftlichen Haushaltes bestritten werden, oder daß die Gattin mit deren anderweitiger Verwendung einverstanden sei, zumal es ihr ja — wie schon oben angedeutet wurde — jederzeit freisteht, die dem Manne überlassene Verwaltung ihres Vermögens an sich zu nehmen. Thut sie dieß, oder endiget sich das obwaltende Verhältniß auf andere Weise (z. B. durch den Ausbruch des Concurses, oder durch den Tod), so ist die Rechnung bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung als berichtigt, d. h. als gelegt und genehmigt anzusehen, und es können bezüglich der früheren Periode keine Ansprüche geltend gemacht werden; wohl aber kommen alle, im Momente der eintretenden Beendigung vorhandenen Früchte herauszugeben. Dieß gilt auch von den zwar schon bezogenen, aber noch nicht fällig gewesenen Nutzungen, da diese sogar der Fruchtnießer zurückzustellen verbunden ist (§. 519). Wären die eingehobenen Früchte bereits mit dem Vermögen des Mannes vermengt worden, so müßte sich freilich in Rücksicht auf die Absonderung derselben mit seinen Angaben begnügt

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 604.

werden, da er eben zu einer ordentlichen Rechnungslegung nicht verhalten werden kann.

4) Unterbleibt diese, so kann der Gatte auch auf eine Vergütung des von ihm für seine Gattin bestrittenen Aufwandes keinen Anspruch machen; sondern es ist auch in dieser Beziehung anzunehmen, daß die eingehobenen Nutzungen dazu verwendet worden seien; doch steht dem Manne allerdings frei, über seine Verwaltung Rechnung zu legen, — da das Gesetz nur sagt, er sei „keine Rechnung schuldig;" — thut er dieß, so kann er, wie „ein anderer bevollmächtigter Sachwalter" auch für allen zur Besorgung der Geschäfte nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge Ersatz begehren (§. 1014), und es scheint uns daher nicht richtig, wenn Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 617) behauptet, daß er als ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln komme, da ihn das Gesetz wiederholt (§§. 1034 und 1239) vielmehr einem Bevollmächtigten gleichstellt.

5) Wurde die Verwaltung dem Manne ausdrücklich übertragen, oder ihm sogar die Fruchtnießung des Vermögens seiner Gattin eingeräumt, so sind hierauf die Vorschriften des Gesetzes über die Bevollmächtigung und den Fruchtgenuß im Allgemeinen anzuwenden. An einer Veräußerung ihres Vermögens wird aber die Frau auch in diesem Falle nicht gehindert, um so viel weniger, wenn bloß die gesetzliche Vermuthung des §. 1238 eintritt.

§. 1240.

Auch die Ehegattin ist nicht schuldig, den Fruchtgenuß, den sie ihrem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verrechnen; es steht aber den Ehegatten frei, dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltungen einzustellen.

§. 1241.

In dringenden Fällen, oder bei Gefahr eines Nachtheiles, kann dem Ehemanne die Verwaltung des Vermögens, selbst wenn sie ihm ausdrücklich und auf immer verwilliget worden wäre, abgenommen werden. Hingegen ist auch er befugt, der unordentlichen Wirthschaft seiner Gattin Einhalt zu thun, und sie unter den gesetzlichen Vorschriften sogar als Verschwenderin erklären zu lassen.

1) Ist dem Gatten nebst der Verwaltung nicht zugleich der Fruchtgenuß des weiblichen Vermögens überlassen worden, so gelten die oben erörterten Bestimmungen. Beruht diese Ueberlassung lediglich auf dem stillschweigenden Einverständnisse der Gattin, so haben wir schon früher bemerkt, daß sie derselben jederzeit, und ohne Nachweisung eines bestimm=

ten Grundes ein Ende zu machen befugt ist (§. 1240). Anders, wenn die Uebertragung ausdrücklich auf eine bestimmte Zeit, oder für immer, d. h. für die ganze Dauer der Ehe geschah. Hier kann eine beliebige Aufkündigung der ertheilten Vollmacht — wie sie der §. 1020 im Allgemeinen gestattet — nicht Platz greifen, sondern nur in dringenden Fällen (z. B. wegen Unfähigkeit, längerer Abwesenheit des Mannes), oder bei Gefahr eines Nachtheiles, der dem Stammgute droht u. dgl.

2) Ist der Mann nicht nur zur Verwaltung, sondern auch zur Fruchtnießung berechtigt, so findet eine Zurücknahme nicht Statt, und selbst auf eine Sicherstellung könnte nur unter der Voraussetzung des §. 520 gedrungen werden. Hätte in einem solchen Falle die Frau selbst die dem Manne gebührenden Nutzungen eingehoben, so kann dieß nur mit stillschweigender Einwilligung des Mannes geschehen; und es gelten dann in dieser Hinsicht die nämlichen Grundsätze, welche oben für die Verwaltung des weiblichen Vermögens von Seite des Mannes erörtert wurden. Die Frau ist demnach zur Legung einer ordentlichen Rechnung nicht verpflichtet, sondern diese ist vielmehr als bis zum Zeitpunkte der geschehenen Einstellung dieser Verwaltung für beglichen anzusehen.

3) Wäre dem Manne wohl die Fruchtnießung, nicht aber auch die Verwaltung übertragen worden, so scheint er dennoch berechtiget, dieselbe an sich zu ziehen, wofern nicht ein ausdrücklich gemachter Vorbehalt der Gattin entgegensteht, wie theils aus der Natur des Fruchtgenusses, theils aus der allgemein lautenden Verfügung des Schlußsatzes im §. 1240 hervorgehen dürfte.

4) Auch wenn die Gattin ihr Vermögen selbst verwaltet, ist der Mann doch berechtigt, als Haupt der Familie (§. 91), auf das Benehmen derselben Acht zu haben, und nach Maßgabe der Umstände sogar die Prodigalitätserklärung (§. 273) zu veranlassen.

§. 1242.

Das, was einer Gattin auf den Fall des Witwenstandes zum Unterhalte bestimmt wird, heißt Witwengehalt. Dieser gebührt der Witwe gleich nach dem Tode des Mannes, und soll immer auf drei Monate vorhinein entrichtet werden. 6) Witwengehalt.

1) Der Witwengehalt (das Witthum, vidualitium) ist der Unterhalt, welcher der Gattin für den Fall des Witwenstandes von dem Gatten zugesichert wird. Der Zweck des dießfälligen Vertrages geht dahin, der Gattin auch nach dem Tode des Mannes *) eine Versorgung zu verschaffen, welche gleichsam als die Fortsetzung des während der Ehe genossenen Unterhaltes (§. 91) erscheint, und deßhalb nicht wohl als eine Schenkung angesehen werden kann, zumal das b. G. B. von diesen abgesondert erst im §. 1246 handelt **). Der Witwengehalt besteht entweder in einer bestimmten

*) Eine Ausnahme tritt im Falle des §. 1260 ein.

**) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 613, gegen Scheidlein, a. a. O. S. 18.

Summe Geldes, oder in gewissen zu verabreichenden Naturalien (wo er dann insbesondere mit dem Ausdruck Leibgeding bezeichnet zu werden pflegt), oder in dem Fruchtgenusse einer bestimmten Realität oder eines bestimmten Capitales, oder in einem Wohnungsrechte u. dgl. Wurde der Witwe ein Haus oder Grundstück ohne nähere Bestimmung zum Witthum ausgesetzt, so wird sie nicht (auch nicht einmal widerrufliche) Eigenthümerin desselben, sondern erlangt bloß das Recht der Fruchtnießung *). Sie muß sich übrigens mit dem ihr zugesicherten Betrage begnügen, wenn derselbe gleich nicht für jene Bestimmung ausreichen sollte, für welche er ursprünglich festgesetzt worden ist; und sie könnte in einem solchen Falle nicht einmal auf die Begünstigung des §. 796 Anspruch machen, da diese ihr nur dann gebührt, wenn für den Fall des Ueberlebens keine Vorsorge bedungen worden ist (vgl. Bd. 2, S. 757 d. W.).

2) Nach §. 158 des III. H. St. des Jos. G. B. nahm der wittibliche Unterhalt erst nach sechs Wochen von dem Tode des Mannes seinen Anfang. Unser G. B. ist von dieser Bestimmung abgewichen und hat dieß im Schlußsatze des §. 1242 ausdrücklich erklärt; doch kann der Bezug desselben allerdings durch die gedachte Zeit und selbst noch länger eingestellt bleiben, wenn der gleich unten zu erörternde Fall des §. 1243 eintritt. Da der Witwengehalt dazu bestimmt ist, der überlebenden Gattin zur Bestreitung ihres Unterhaltes zu dienen, so rechtfertiget sich die Verfügung des Gesetzes, daß derselbe immer auf drei Monate vorhinein entrichtet werden müsse; ja es scheint nach der Analogie des §. 1418 für den Fall, als die Witwe während dieser stirbt, für ihre Erben keine Verpflichtung vorhanden zu sein, etwas von der Vorauszahlung zurück zu geben, im Gegentheile könnten diese, wenn der Witwengehalt rückständig geblieben wäre, denselben für die ganze dreimonatliche Periode fordern, wofern die Witwe nur den Anfang der Frist erlebt hat (Analogie aus §. 687), zumal eine von Seite der Schuldner eingetretene Verzögerung diesen nicht zum Vortheile gereichen soll. Nur wenn das Witthum in einem zugewiesenen Fruchtgenusse bestünde, ist der Natur der Sache nach eine Vorauszahlung nicht möglich, und es würde daher hinsichtlich der Zutheilung der Nutzungen bei Erlöschung der Fruchtnießung vielmehr die Vorschrift des §. 519 zur Anwendung kommen *).

§. 1243.

Der Witwe gebühret noch durch sechs Wochen nach dem Tode des Mannes, und wenn sie schwanger ist, bis nach Verlauf von sechs Wochen nach ihrer Entbindung, die gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft. So lange sie aber diese Verpflegung genießt, kann sie keinen Witwengehalt beziehen.

---

*) Anderer Meinung ist Scheidlein, a. a. O. S. 19.

**) Winiwarter, bürg. Recht. Bd. 4. S. 459.

1) Die vorstehende Anordnung rechtfertigt sich aus der Betrachtung, daß es immerhin einiger Zeit bedarf, um in dem Hauswesen eine, den geänderten Verhältnissen entsprechende Umgestaltung herbeizuführen, und daß eine solche Umänderung der Witwe während ihrer Schwangerschaft und unmittelbar nach ihrer Entbindung nicht leicht zugemuthet werden kann. Nebst der Verpflegung wären wohl auch die Entbindungskosten aus der Verlassenschaft des Mannes zu verabreichen, wie der §. 118 des III. H. St. des Jos. G. B. sogar ausdrücklich hervorhob; ausgenommen es hätte zwischen den Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft bestanden, in welchem Falle diese Auslagen, wie überhaupt alle Schulden ohne Ausnahme, vor der Theilung abzuziehen kämen (§. 1235).

2) Da übrigens der Unterhalt seinem Begriffe nach nicht doppelt in Anspruch genommen werden kann, so darf die Witwe, so lange sie die in Frage stehende Verpflegung genießt, nicht nebstbei auch den Witwengehalt beziehen. Immerhin steht ihr aber die Wahl frei, diesen zu fordern, und dagegen auf die mehrgedachte Verpflegung zu verzichten; doch könnte sie in letzterem Falle die Entbindungskosten nicht insbesondere begehren, sondern müßte sie vielmehr aus ihrem Witthume bestreiten *).

§. 1244.

Wenn die Witwe sich verehelichet, so verliert sie das Recht auf den Witwengehalt.

Der Witwengehalt ist ein höchstpersönlicher Anspruch. Er hört mit dem Tode der Witwe auf, und erlischt — wofern nichts anderes bedungen wurde — auch mit dem Aufhören des Witwenstandes, also bei eintretender Wiederverehelichung. In einem solchen Falle ist die Gattin sogar verpflichtet, das in Voraus Bezogene (§. 1242) für die Zeit, da sie bereits in die zweite Ehe getreten ist, zurückzustellen. Nach Auflösung dieser Letzteren lebt das einmal erloschene Recht nicht wieder auf.

§. 1245.

Sicherstellung des Heirathsgutes, der Widerlage und des Witwengehaltes.

Wer das Heirathsgut übergibt, ist berechtiget, bei der Uebergabe, oder wenn in der Folge Gefahr eintritt, von demjenigen, der es empfängt, eine angemessene Sicherstellung zu fordern. Vormünder und Curatoren einer pflegebefohlenen Braut können die Sicherstellung des Heirathsgutes, und eben so der bedungenen Widerlage und des Witwengehaltes, ohne Genehmigung des obervormundschaftlichen Gerichtes, nicht erlassen.

---

*) Auch diese Bestimmung ist im §. 118 des III. H. St. des Jos. G. B. ausdrücklich enthalten.

1) Da die Ansprüche der Ehegattin auf Heirathsgut, Widerlage und Witwengehalt in der Regel erst nach dem Tode des Mannes zur Wirksamkeit gelangen, und bis dahin mancherlei Gefahren unterworfen sein können, so ist es vorsichtig, eine geeignete Sicherstellung für dieselben zu begehren. Dieß kann bei dem Abschlusse des betreffenden Uebereinkommens jederzeit geschehen, in der Folge aber nur, wenn eine Gefahr nachgewiesen zu werden vermag, da Niemand einseitig die Grenzen seines Rechtes erweitern darf. Die dießfällige Forderung kann von der Braut oder ihren gesetzlichen Vertretern, bei dem Heirathsgute auch von dem dritten Besteller desselben, ausgehen, stets aber nur gegen den Mann selbst, nicht auch gegen dessen Aeltern oder Großältern gestellt werden, wie noch der §. 75 des III. H. St. des Jos. G. B. verfügte.

2) Da die Sicherstellung zum Vortheile der Gattin gefordert wird, so kann auch nur sie in der Regel dieselben erlassen. Eine Ausnahme tritt hinsichtlich desjenigen ein, der das Heirathsgut freiwillig bestellte, da Jedermann seiner Freigebigkeit beliebige Schranken setzen kann. Dagegen steht den Vormündern oder Curatoren einer pflegebefohlenen Braut nicht das Recht zu, ohne Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes von dem Verlangen der Sicherstellung abzugehen, da dieß ein Act von größerer Wichtigkeit ist (§. 230) und der Gattin leicht zum Schaden gereichen könnte. An die gerichtliche Genehmigung dürfte auch der Vater der minderjährigen Braut gebunden sein, da er in Beziehung auf die Vermögensverwaltung einem Curator gleichgestellt erscheint (§. 152). Waren die Aeltern oder Großältern nach § 1220 zur Bestellung eines Heirathsgutes verpflichtet, so können sie die Sicherstellung desselben gleichfalls nicht eigenmächtig erlassen, und würden vielmehr, wenn sie dieses dennoch gethan, der Tochter oder Enkelin für den daraus entstandenen Schaden haften.

3) Wie die Sicherstelllung, wenn darüber nichts Anderes verabredet wurde, zu leisten sei, ist aus §. 1373, und welche Sicherstellung eine „angemessene" sei, nach §. 1374 zu beurtheilen.

§. 1246.

Schenkungen unter Ehegatten und Verlobten.

Die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten wird nach den für die Schenkungen überhaupt bestehenden Gesetzen beurtheilt.

§. 1247.

Was ein Mann seiner Ehegattin an Schmuck, Edelsteinen und anderen Kostbarkeiten zum Putze gegeben hat, wird im Zweifel nicht für gelehnt, sondern für geschenkt angesehen. Wenn aber ein verlobter Theil dem anderen, oder auch ein Dritter dem einen oder anderen Theile in Rücksicht auf die künftige Ehe etwas zusichert oder schenkt, so kann, wenn die Ehe ohne Verschulden des Geschenkgebers nicht erfolgt, die Schenkung widerrufen werden.

1) Das römische Recht hatte die Schenkungen unter Ehegatten für ungiltig erklärt*), und diese Ansicht war auch bei der Verbreitung desselben in Deutschland gemeinrechtlich geworden. Nichtsdestoweniger hatte sich aber an vielen Orten das Gewohnheitsrecht gegen die Anwendung dieses, unsern Sitten und Verhältnissen nicht mehr entsprechenden Verbotes erklärt**), und so kam es, daß auch das Jos. G. B. bereits im §. 81 des III. H. St. die Verfügung enthielt, daß die Eheleute sich außer dem Heirathsgute und der Widerlage auch mit Geschenken betreuen können. Dieselbe Ansicht liegt der Vorschrift des §. 1246 zum Grunde. Dieser Paragraph bestimmt übrigens, daß derlei Schenkungen nach den für die Schenkungen überhaupt bestehenden Gesetzen zu beurtheilen seien, was sich sowohl auf die Form der Eingehung (§§. 943 und 956), als auf das Maß derselben (§. 944), und die daraus hervorgehenden Wirkungen bezieht. Darunter gehört insbesondere auch die Widerruflichkeit der Schenkungen, welche unter Ehegatten so wie zwischen andern Personen nach den Bestimmungen der §§. 947—954 Platz greift.

2) Das Jos. G. B. (§. 82, III. H. St.) verfügte, daß Geschenke, die namentlich zur Vermehrung des Heirathsgutes oder der Widerlage geschehen, der Natur dieser letzteren folgen. Diese Anordnung ist jedoch in unser a. b. G. B. nicht aufgenommen worden; sie kann daher jetzt nicht mehr als geltend angesehen werden, und zwar dieß um so weniger, als sie eigentlich einen Widerspruch enthält, da Heirathsgut und Widerlage, wie wir oben bemerkt haben, nicht als bloße Acte der Liberalität anzusehen sind***).

3) Im Allgemeinen werden Schenkungen nicht vermuthet, vielmehr ist nach §. 915 bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel anzunehmen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte. Hiervon tritt aber nach §. 1247 in so fern eine Ausnahme ein, als Schmuck, Edelsteine und andere Kostbarkeiten, die der Mann seiner Frau zum Putze gegeben hat (vgl. §. 678) im Zweifel nicht für gelehnt, sondern für geschenkt anzusehen sind. Ein solcher Zweifel könnte z. B. statt finden, wenn der Gatte die betreffenden Schmucksachen nicht erst angekauft, sondern von seiner ersten Frau ererbt, und der zweiten übergeben hat. Der Entwurf zu unserm a. b. G. B. hatte noch die gerade entgegengesetzte Vermuthung ausgesprochen; bei der Redaction des letzteren ist man aber wahrscheinlich von der Betrachtung ausgegangen, daß es dem Manne gewöhnlich leichter fällt, sich mit einem Beweise zu versehen, als der

*) Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. — Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait: Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerant amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. fr. 1, 3. pr. Dig. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1).

**) Mittermaier, a. a. O. §. 411.

***) Winiwarter, bürgerl. Recht. Bd. 4, S. 464.

Frau, und daß der Zweifel oft schon durch anderweitige Vermuthungen aus den Umständen behoben werden kann, z. B. wenn der Mann einen solchen Schmuck immer selbst verwahrte, und nur bei seltener Gelegenheit seiner zweiten Gattin zum Putze in die Hände gab *).

4) Wie die Ehepacten überhaupt (s. oben S. 409), so können auch Schenkungen nicht nur von bereits verehelichten Personen, sondern auch von Brautleuten (Verlobten) in Absicht auf die eheliche Verbindung eingegangen werden, sie setzen jedoch zu ihrer Wirksamkeit die nachfolgende Abschließung einer giltigen Ehe voraus. Erfolgt diese nicht, so liegt es in der Natur der Sache, daß die eben nur mit Rücksicht auf die künftige Ehe gemachte Schenkung widerrufen werden könne. Hiervon läßt das Gesetz nur dann eine Ausnahme eintreten, wenn die Abschließung der Ehe durch Verschulden des Geschenkgebers unterblieb, wenn er also entweder selbst ohne Grund von dem Eheverlöbnisse zurücktrat, oder wenn von seiner Seite eine gegründete Ursache des Rücktrittes für den andern Theil entstanden ist, da Jedermann die Folgen seines Verschuldens selbst tragen soll. Hierbei wird nur vorausgesetzt, daß die Schenkung mit Rücksicht auf die abzuschließende Ehe erfolgte; wäre der Abschluß derselben ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden, so kämen die allgemeinen Grundsätze der §§. 897 u. ff. darauf anzuwenden. Bestritten ist in dieser Beziehung, ob jede Schenkung unter Verlobten der Bestimmung des §. 1247 unterworfen sei, oder ob sich die Worte „in Rücksicht auf die künftige Ehe" auch auf derlei Schenkungen beziehen, so daß also diese Rücksichtsnahme insbesondere erwiesen werden müßte, um die Widerruflichkeit des Geschenkes wegen nicht erfolgter Ehe zu begründen? Uns scheint die letztere Ansicht die richtigere zu sein, da es sehr wohl gedenkbar ist, daß ein verlobter Theil dem andern aus Mitleiden, aus Großmuth, aus bloßer Zuneigung, zur Vergeltung u. s. w. etwas zusichert oder schenket, ohne dabei auf die künftige Ehe eine Rücksicht zu nehmen, und da in diesem Falle gar kein juristischer Grund vorhanden ist, eine in den §§. 947—954 nicht enthaltene Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 946 eintreten zu lassen **).

5) Sollte der Beschenkte zur Zeit des Widerrufes die geschenkte Sache nicht mehr besitzen, so könnte ein Zweifel obwalten, ob er zum Ersatze des Werthes derselben verbunden sei oder nicht? Da der §. 1247 hierüber keine Verfügung enthält, so muß auf die hinsichtlich des Widerrufes der Schenkungen überhaupt geltenden Grundsätze zurückgegangen werden, und zwar zunächst auf jene, welche den Widerruf von Seite des Geschenkgebers selbst betreffen. Hier bietet sich aber eine neue Schwierigkeit dar, indem nach den §§. 947 und 954 der Geschenknehmer nur in so weit haftet, als die geschenkte Sache oder derselben Werth noch vorhanden ist,

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 627.

**) S. Dolliner, in dem Aufsatze: ob die Worte „in Rücksicht auf die künftige Ehe" im §. 1247 des a. b. G. B. sich auch auf die Schenkung, die ein verlobter Theil dem andern macht, beziehen, oder bloß auf die Schenkung eines Dritten an einen der beiden Verlobten zu beschränken sind. (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1837. II. S. 17.)

während im Falle des §. 949 der Beschenkte als unredlicher Besitzer zu behandeln kömmt. Da jedoch dieser Paragraph einen groben Undank des Geschenknehmers voraussetzt, so scheint die Anordnung desselben für den in Frage stehenden Fall keine Analogie darzubieten; und wir glauben deßhalb vielmehr, daß die Vorschrift der §§. 947 und 954 anzuwenden sei, die Rückerstattung des Geschenkes bei nicht erfolgter Verehelichung daher nur in so weit Platz zu greifen habe, als dasselbe noch in natura oder wenigstens dem Werthe nach vorhanden ist *).

6) Die Wirkungen, welche die Ungiltigerklärung, Scheidung oder Trennung einer Ehe auf die Schenkungen unter Ehegatten äußert, werden am zukömmlichen Orte (§§. 1263—1266) erörtert werden.

§. 1248.

Wechselseitige Testamente.

Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen. Auch ein solches Testament ist widerruflich; es kann aber aus der Widerrufung des einen Theiles auf die Widerrufung des anderen Theiles nicht geschlossen werden (§. 583).

1) Wir haben bereits bei der Erläuterung des §. 583 (Bd. 2, S. 341 d. W.) bemerkt, daß das Gesetz die s. g. gemeinschaftlichen Testamente im Allgemeinen für unzuläßig erklärt und nur ausnahmsweise unter Ehegatten gestattet, weil hier jene Besorgnisse, die der Giltigkeit derselben überhaupt im Wege stehen, minder zu befürchten sind. Das Wesentliche dieser Testamente besteht darin, daß ein und derselbe Aufsatz die letztwillige Verfügung beider Ehegatten in einem Contexte verschmolzen enthält (s. Bd. 2, S. 342 d. W.). Bei einer mündlichen Erklärung des letzten Willens, wenn sie nicht vor Gericht oder vor einem Notare geschieht, ist dieß nicht möglich, denn wenn auch beide Erklärungen unmittelbar auf einander folgen, und die nämlichen Zeugen zu denselben beigezogen werden, so sind es doch immer zwei von einander abgesonderte Acte, und nicht ein gemeinschaftliches Testament **). Wird aber die letzte Willenserklärung vor Gericht oder vor einem Notare mündlich abgegeben, so vertreten die darüber

*) Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 624) betrachtet die Schenkung unter Verlobten oder an Verlobte als eine Schenkung unter einer auflösenden Bedingung, und kömmt daher auf theilweise abweichende Resultate.

**) Wir können daher die in Nr. 65 der allg. öst. Ger.-Ztg., Jahrg. 1854, aus Anlaß der Mittheilung eines Civilrechtsfalles, ausgesprochene Ansicht, daß auch ein wechselseitiges Testament unter Ehegatten mündlich erklärt werden könne, nicht theilen, und der Referent scheint uns mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, wenn er am Schlusse der Anmerkung auf S. 266 selbst den allerdings ganz richtigen Satz aufstellt, daß, wenn beide Ehegatten unter den gesetzlichen Formalitäten ihren letzten Willen mündlich erklären, jede (also zwei nicht eine) dieser letzten Willenserklärungen als rechtswirksam angesehen werden müssen.

aufgenommenen Protokolle die Stelle des schriftlichen Aufsatzes, der zu einem gemeinschaftlichen Testamente erforderlich ist. Seinem Inhalte nach kann dieses übrigens ein gegenseitiges (reciprocum) sein, oder nicht, d. h. es können sich in demselben die Ehegatten wechselseitig zu Erben einsetzen, sie können aber auch andere Personen und zwar nebstbei oder auch allein in demselben bedenken. Allerdings wird das gemeinschaftliche Testament gewöhnlich auch ein wechselseitiges, ja gewiß häufig sogar ein correspectives sein (s. Bd. 2, S. 341 d. W.), so daß von dem Widerrufe des einen auch die Aufhebung des andern abhängig gemacht wird, denn eine solche Bedingung enthält durchaus nichts Unerlaubtes, da der Schlußsatz des §. 1248 nur bestimmt, was in dieser Beziehung zu gelten habe, wenn die Parteien keine abweichende Verfügung getroffen; und eben so wenig verwandelt sie das Testament in einen Erbvertrag, da dieser einseitig nicht widerrufen werden kann (§. 1254), während hier der Widerruf jedem Theile frei bleibt, und nur die Folge hat, daß er zugleich auch die Aufhebung der letzten Willenserklärung des andern Theiles bewirkt *).

2) Da ein gemeinschaftliches Testament nur als eines betrachtet werden kann, so kommen die zur Giltigkeit desselben erforderlichen Förmlichkeiten nur einmal zu beobachten, also z. B. nur drei, nicht etwa sechs Zeugen beizuziehen; immerhin kann es aber geschehen, daß dasselbe bezüglich des einen Ehegatten giltig, bezüglich des andern dagegen ungiltig wäre, wenn z. B. einem oder dem andern Theile die testamenti factio activa mangelte, oder von demselben etwa die im §. 581 vorgeschriebenen besonderen Vorsichten nicht beobachtet wurden.

3) Daß nicht nur die gemeinschaftlichen Testamente überhaupt, sondern auch die wechselseitigen und selbst die correspectiven insbesondere widerruflich sind, ist schon oben bemerkt worden; eben aber, weil sie die Erklärungen zweier Testatoren enthalten, folgt daraus, daß — mit Ausnahme der correspectiven Testamente — aus der Widerrufung des einen Theiles noch nicht auf den Widerruf des andern geschlossen werden kann, vielmehr dieser noch fortan in Kraft besteht. Selbst wenn dem gemeinschaftlichen Testamente die s. g. cassatorische Clausel (Bd. 2, S. 558 d. W.) angehängt wäre, würde dieselbe keinen der Erblasser hindern, seinen letzten Willen zu verändern; nur müßte er in der späteren Verordnung die Vorschrift des §. 716 beobachten. Eben weil aber auch in diesem Falle die Widerruflichkeit fortbesteht, kann selbst ein solches Testament nicht als ein Erbvertrag angesehen werden.

§. 1249.

Erbverträge. Erfordernisse zur Gültigkeit des Erbvertrages.

Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden

---

*) Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 630.

(§. 602). Zur Giltigkeit eines solchen Vertrages ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde.

1) Wir haben bereits oben (Bd. 2, S. 246 d. W.) bemerkt, daß im deutschen Rechte sich schon frühzeitig Einrichtungen entwickelt haben, welche in ihrer weiteren Ausbildung zu den Erbverträgen führten, und daß diese, bei dem allgemein eingewurzelten Gebrauche derselben, auch in die neueren Gesetzgebungen, wiewohl mit mancherlei Beschränkungen, aufgenommen wurden. In dieser Weise hat denn auch unser b. G. B. die Erbverträge, jedoch nur unter Ehegatten (§. 602) für statthaft erklärt. Es versteht aber unter einem Erbvertrage jenen Vertrag, mittelst welchem ein Ehegatte oder ein Brauttheil *) dem andern seinen künftigen Nachlaß, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben, unwiderruflich verspricht und dieser das Versprechen annimmt **). Wird bloß eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe oder ein Recht zugedacht (§. 535), so ist kein Erbvertrag, sondern eine Schenkung auf den Todesfall oder irgend ein anderer Vertrag vorhanden ***). Uebrigens kann der Erbvertrag einseitig oder zweiseitig verbindlich abgeschlossen werden, je nachdem bloß Ein Gatte dem Andern seinen künftigen Nachlaß oder einen Theil desselben zusichert, oder aber zugleich der Letztere sich zu einer Gegenleistung verbindlich macht, die gleichfalls wieder in einer Erbeseinsetzung bestehen kann (wechselseitige Erbverträge). Endlich können in einem solchen Vertrage auch noch andere Personen für den Fall des Todes bedacht werden, doch ist er in Ansehung dieser nur als eine widerrufliche letzte Willenserklärung zu betrachten.

2) Da Erbverträge zu mancherlei Uebervortheilungen mißbraucht werden können, so hat das Gesetz sie strengeren Förmlichkeiten unterworfen, als welche sonst für die Eingehung von Verträgen vorgeschrieben sind; es fordert nämlich die Beobachtung aller Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes. Diese sind nun bekanntlich verschieden, je nachdem der Erblasser seinen letzten Willen selbst schreibt und unterschreibt (§. 587),

---

*) Ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen und das Versprechen angenommen wird, kann zwischen Eheleuten geschlossen werden, folglich auch zwischen Brautpersonen, wofern die Abschließung der Ehe zwischen ihnen erfolgt. (Hfd. v. 25. Juni 1817, Nr. 1340 der J. G. S. — Nr. 73 des Anhangs zum b. G. B. für Ungarn u. s. w., und Nr. 70 des Anhangs zum b. G. B. für Siebenbürgen.)

**) Winiwarter: Von dem Erbvertrage und dem Advitalitätsrechte. Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1825. I. S. 345.

***) In einem in der allg. öst. Ger.-Ztg., 1854, Nr. 108, mitgetheilten Rechtsfalle hatten die Eheleute Anton und Barbara Th. einen Heirathsvertrag abgeschlossen, in dessen 5. Absatze es hieß: „daß in so ferne die Braut dem Bräutigam vorsterben sollte, Letzterer der wahre Eigenthümer des gegebenen Heirathsgutes, sowie der Hälfte des gemeinschaftlich erworbenen Vermögens verbleiben solle" Dieses Uebereinkommen wurde von allen drei Instanzen, an welche der fragliche Rechtsfall gedieh, als ein Erbvertrag betrachtet, weil in demselben nicht eine bestimmte Sache, sondern ein (aliquoter) Theil des Nachlasses versprochen wurde.

oder den von einer andern Person niedergeschriebenen bloß unterfertigt (§§. 579—581). Von diesen beiden Testamentsformen scheint uns nur die letztere zulässig zu sein, da zum Wesen des Erbvertrages sowohl das Versprechen als die Annahme gehört, und beide zusammen erst den Erbvertrag ausmachen, der als Ein Ganzes zu betrachten kömmt; weil es nun unmöglich ist, daß beide Theile den ganzen Aufsatz eigenhändig schreiben und unterschreiben, so scheint uns jedenfalls die Zuziehung von drei Zeugen nach der Weisung des §. 579 nothwendig zu sein *), vor denen die Parteien den Aufsatz als ihrem Willen gemäß zu bestätigen, und den diese sohin zu unterschreiben haben **). Dagegen ist die Form eines mündlichen außergerichtlichen Testamentes (§. 585) nicht genügend, und dieß selbst dann nicht, wenn sich auch die Parteien ausdrücklich über die spätere Ausstellung einer schriftlichen Urkunde verabredet hätten; ja es kann in diesem Falle nicht einmal auf Ausfertigung dieser Urkunde geklagt werden; denn würde es für zulässig erkannt, einen mündlich verabredeten Erbvertrag bloß durch die allgemeinen Beweismittel der Gerichtsordnung nachzuweisen, und in Folge dieser Beweisführung die Ausstellung einer Urkunde zu verlangen, um auf diesem Wege den Erbvertrag zur Giltigkeit zu bringen, so wäre der §. 1249 offenbar umgangen, weil es bezüglich der Wirkung ganz gleichgiltig ist, ob Jemand schuldig erkannt wird, einen Vertrag unmittelbar einzuhalten, oder erst eine Urkunde auszustellen, durch welche sodann unbezweifelt die Verpflichtung zur Einhaltung dieses Vertrages begründet wird ***). — Anderseits scheint es uns aber keinem Zweifel zu unterliegen,

---

*) Es würde daher, wie wir meinen, nicht genügen, wenn der eine Theil das Versprechen und der andere die Annahme eigenhändig schriebe und unterschriebe, da der Erbvertrag eben als ein Ganzes aufgefaßt werden muß. Hiefür spricht auch der Eingang des Hfd. vom 25. Juli 1817, welcher also lautet: „Die Erfahrung hat gelehrt, daß bei mehreren, vorzüglich auf dem flachen Lande errichteten Ehepacten oder sogenannten Heirathscontracten, worin die Brautpersonen oder die wirklichen Ehegatten nebst andern Verfügungen, wie immer das Heirathsgut, die Widerlage, die Gütergemeinschaft u. s. w. sich zugleich die Erbfolge versichern, folglich einen Erbvertrag eingehen, dennoch nur die Erfordernisse eines Vertrages überhaupt, nicht aber die Erfordernisse eines schriftlichen Testamentes beobachtet, und daß insbesondere nicht drei, sondern höchstens zwei Zeugen beigezogen werden u. s. w." — Vgl. Dr. C. Schindler, Erläuterung der Frage, ob eine Urkunde, die als Erbvertrag gelten soll, nach den öst. Civilrechtsgesetzen jederzeit von drei Zeugen gefertigt sein müsse. (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1836. II. S. 10.)

**) S. den in der allg. öst. Ger.-Ztg., 1853, Nr. 36, mitgetheilten Rechtsfall, in welchem der von Einem der Streittheile angebotene Beweis, daß der Gatte den in Frage gestandenen Erbvertrag vor den zugezogenen Zeugen als seinen letzten Willen nicht bestätiget habe, durch Urtheil des böhm. Oberlandesgerichtes v. 17. Febr. 1851, und des obersten Gerichtshofes v. 2. Mai n. J., Z. 3301, als entscheidend zugelassen wurde.

***) Vgl. den in der allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1854, Nr. 112, mitgetheilten Rechtsfall. Bei dessen Entscheidung kam noch der weitere Grundsatz zur Anerkennung, daß bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrage, aus welchem nicht zu ersehen ist, in wie fern einzelne Leistungen und Gegenleistungen von einander abhängen, und sich wechselseitig bedingen, ein getheilter Spruch über dessen Giltigkeit ohne Einigung der Parteien nicht Platz greifen kann.

daß ein Erbvertrag auch mündlich vor Gericht *) oder vor einem Notare errichtet werden könne, weil hier das darüber aufgenommene Protokoll die Stelle der schriftlichen Urkunde vertritt. — Die Erleichterungen, welche bei den s. g. begünstigten letzten Anordnungen (§§. 597 und 598) in Ansehung der Beobachtung der sonst erforderlichen Förmlichkeiten bestehen, scheinen uns dagegen auf Erbverträge keine Anwendung zu erleiden, da sie als Ausnahmen von der Regel überhaupt keiner Ausdehnung fähig sind, und da auch die Hfkrgsr. Vrdg. v. 8. März 1818, H. 132 (in Bergmayr's bürgl. Recht der k. k. öst. Armee, Th. II, Bd. 3, S. 261), ausdrücklich verfügt, daß die Begünstigungen eines Militärtestamentes (§. 600) bei Erbverträgen nicht statt finden.

§. 1250.

Ein pflegebefohlener Ehegatte kann zwar die ihm versprochene, unnachtheilige Verlassenschaft annehmen, aber die Verfügung über seine eigene Verlassenschaft kann, ohne Genehmhaltung des Gerichtes, nur in so fern bestehen, als sie ein gültiges Testament ist.

1) Obwohl die Erbverträge ihre Wirkung erst auf den Todesfall äußern, so sind sie doch eigentliche Verträge, und durch ihre Unwiderruflichkeit (§. 1254) wesentlich von den letztwilligen Anordnungen unterschieden; es ist daher die persönliche Fähigkeit zur Errichtung derselben nicht nach den §§. 566—574, sondern nach den §§. 865 und 868 zu beurtheilen. Demnach kann ein Pflegebefohlener, wenn er den Gebrauch der Vernunft und das siebente Lebensjahr bereits überschritten hat (§. 865), wohl ein bloß zu seinem Vortheile gemachtes Versprechen des gegenseitigen Nachlasses annehmen, aber nicht selbst ein Versprechen machen. Er bedarf dazu der Genehmigung seines Vertreters und zugleich des Gerichtes, da es sich hier um einen Gegenstand von höherer Wichtigkeit handelt. Hätte er nichtsdestoweniger in einem Erbvertrage über seinen künftigen Nachlaß verfügt, so kömmt zu unterscheiden, ob dieß entgeltlich oder unentgeltlich geschehen ist. Wurde ein zweiseitig verbindlicher Erbvertrag abgeschlossen und erfolgt nicht wenigstens nachträglich die Genehmigung des Gerichtes, so ist auch der andere, einer Pflege nicht unterstehende Compacicent an denselben nicht gebunden, da er bloß unter der Voraussetzung eines zu erlangenden vollkommenen Rechtes auf die gegenseitige Verlassenschaft die seinige zusagte, und ein zweiseitig verbindlicher Vertrag nicht ohne ein neuerliches Uebereinkommen der Parteien in einen einseitigen übergehen kann **). Hat dagegen der Pflegebefohlene eine einseitige Verfügung über seinen Nachlaß getroffen, so besteht sie in so ferne zu Recht, als sie ein giltiges Testament ist. Sie äußert also ihre Wirksamkeit, wenn der Vertragschließende im Gebrauche seiner Vernunft ist, und das achtzehnte Lebensjahr bereits zurückgelegt hat

*) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 634.
**) Winiwarter, a. a. O. S. 350.

(§. 569) *). Immerhin bleibt aber eine solche Anordnung widerruflich, da sie eben nur als Testament gilt. In wie weit ein Verbrecher giltige Verträge überhaupt, mithin auch Erbverträge schließen könne, ist aus der Erläuterung des §. 868 (s. o. S. 24) zu entnehmen.

2) Erfolgt für den Pflegebefohlenen die Genehmigung des Gerichtes, so ist der Vertrag so anzusehen, als ob er von einer durchaus fähigen Person abgeschlossen worden wäre, und es braucht daher auch bei Minderjährigen unter achtzehn Jahren nicht die Form des §. 569 angewendet zu werden. Dasselbe gilt auch von der im §. 568 ausgesprochenen Beschränkung der Testirungsfähigkeit eines gerichtlich erklärten Verschwenders. Der gedachte Paragraph handelt nur von letzten Willenserklärungen, von denen die Erbverträge wesentlich verschieden sind, wie dieß aus den §§. 533, 534, 758 und 799 des b. G. B. deutlich erhellet, und weil auch die Besorgniß, die der Vorschrift des §. 568 zum Grunde liegt, bei einem mit gerichtlicher Genehmigung abgeschlossenen Erbvertrage eines Prodigus durchaus nicht eintritt, da das Gericht, wenn es findet, daß die gesetzlichen Erben wahrscheinlich einem unbilligen Nachtheile ausgesetzt würden, seine Einwilligung zu versagen in der Lage ist. Es kann in einem solchen Erbvertrage nicht bloß über ein Viertheil, sondern über drei Viertheile des Nachlasses (§. 1253) verfügt werden **).

§. 1251.

Vorschrift über die eingerückten Bedingungen.

Was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden.

Die Anordnung dieses Paragraphes würde sich wohl schon von selbst aus der Natur des Erbvertrages ergeben; der Gesetzgeber hat sie aber wohl deßhalb insbesondere hervorzuheben für nöthig erachtet, weil Mancher geneigt sein dürfte, den Erbvertrag, oder einen Titel zum Erbrechte, mit einer letztwilligen Anordnung zu verwechseln, und daher die demselben beigerückten Bedingungen nach den Grundsätzen zu beurtheilen, die von Bedingungen bei letzten Willenserklärungen gelten ***).

---

*) Der Fall, daß ein Minderjähriger, der zwar das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat, einen Erbvertrag schließe, der als Testament gilt, kann nicht wohl eintreten, denn solche Personen können bloß mündlich vor Gericht testiren; es müßte also auch bei Eingehung des Erbvertrages diese Form beobachtet worden sein, dann würde aber das Gericht, welches um die Aufnahme angegangen wurde, gewiß die Sache auf den ordentlichen Weg leiten, und ohne daß dieser eingeschlagen worden, die Protokollirung verweigern.

**) Dr. Graßl, Erörterung der Frage: über welchen Betrag seiner künftigen Verlassenschaft ein gerichtlich erklärter Verschwender einen Erbvertrag giltig schließen könne (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1829. I. S. 268).

***) Dr. Graßl, a. a. O. S. 274.

§. 1252.

Ein selbst den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag hindert den Ehegatten nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten. Das Recht, welches daraus entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus; es kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, weder auf Andere übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung gefordert werden.

Wirkung des Erbvertrages.

1) Die Wirkung des Erbvertrages besteht darin, daß er dem vertragschließenden Theile einen und zwar unwiderruflichen (§. 1254) Titel zum Erbrechte gibt (§§. 533, 602 u. 1249), vermöge dessen er das Recht hat, sobald er den versprechenden Theil überlebt (§. 536), und zur Zeit des Erbanfalles zu erben fähig ist (§§. 538—545), den ihm zugedachten Erbtheil anzutreten und die Einantwortung desselben zu erwirken. Die Geltendmachung dieses Rechtes setzt also den Tod des Promittenten (§. 536) oder die in Rechtskraft erwachsene Todeserklärung desselben voraus (§. 278), so wie die Erbfähigkeit des Vertragserben zur Zeit des Erbanfalles, da der Titel des Erbrechtes hierbei keinen Unterschied macht *). Wäre dagegen der Vertragserbe vor dem Erblasser gestorben, so hat er das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht weiter übertragen können (§. 536), wiewohl sonst Vertragsrechte auf die Erben der vertragenden Theile übergehen (§. 918).

2) Da der Gegenstand des Erbvertrages nur der künftige Nachlaß (§. 1249) ist, so kann derselbe unter Lebenden keine andere Wirkung hervorbringen, als daß er den Promittenten hindert, den Vertrag einseitig zu widerrufen, oder zum Abbruche desselben eine entgegenstehende letztwillige Anordnung zu treffen; dagegen bleibt dieser berechtigt, durch Acte unter Lebenden nach Belieben mit seinem Vermögen zu schalten; ja der Vertragserbe kann nicht einmal um der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung verlangen, da eben der Umfang seines Anspruches gänzlich unbestimmt ist; es kann daher ohne Einwilligung des Gegentheils auch nicht einmal eine Pränotation, um so viel weniger eine Einverleibung des Erbvertrages auf die in dem Besitze des Promittenten befindlichen Realitäten erwirkt werden. Eine andere Frage ist aber, welche Wirkungen eine, mit Zustimmung des Gegentheiles vorgenommene Intabulation eines Erbvertrages hervorbringe, welche Frage hier um so mehr zu beantworten kömmt, als der §. 1252 im Eingange ausdrücklich eine solche Einverleibung voraussetzt. In dieser Beziehung ist man ebenfalls darüber einig, daß der betreffende Ehegatte derselben ungeachtet nicht gehindert sei, mit seinem

---

*) Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 647) meint, daß die Erbfähigkeit des Promissars auch zur Zeit der Abschließung des Erbvertrages verhanden sein müsse; uns scheint aber dieß, bei dem gänzlichen Stillschweigen des Gesetzes, eben so wenig gefordert werden zu können, als daß der in einem Testamente eingesetzte Erbe zur Zeit der Testamentserrichtung erbfähig sei.

Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten, also die mit jenem Anspruche belastete Realität zu verpfänden und zu veräußern, in welchem Falle die fragliche Eintragung auf Verlangen des neuen Erwerbers ohne Weiters gelöscht werden müßte. Sehr verschieden aber sind die Ansichten der Schriftsteller über die Wirkungen, die nach dem Tode des Erblassers aus der mehrerwähnten Einverleibung entstehen sollen. Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 637) meint, daß in diesem Falle kein Verlassenschaftsgläubiger dem Erben einen Vorsprung abgewinnen könne, und ingleichen behauptet Scheidlein (a. a. O. S. 51), daß der Vertragserbe sein Recht gegen alle erst nach dem Tode des Verpflichteten vorgemerkten Gläubiger geltend machen könne. Allein mit Recht bemerkt hiergegen schon Winiwarter (a. a. O. S. 352) und Nippel (in seiner Darstellung der Rechte der Ehegatten, §. 21), daß diese Behauptung mit der Natur des Erbrechtes im Widerspruche stehe, da der Erbe, als solcher, ohne daß der Titel zum Erbrecht hierin einen Unterschied macht, den Gläubigern des Erblassers selbst (nach §§. 547 und 548) verpflichtet wird, und als Erbschaft nur das ansprechen kann, was nach Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger erübriget (§. 822). Turnes (in seinem Aufsatze über die rechtliche Wirkung der Ingrossation eines Erbvertrages, Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1834, II, S. 157) findet in der Einverleibung eines Erbvertrages keine andere Wirkung, als die einer bleibenden Rechtsverwahrung gegen allfällige Eingriffe unberufener Erben, die in dem Falle, wenn sich ein anderer Erbe in den Besitz der Erbschaft einschleicht, die Wirkung hat, daß sich ein solcher Erbe nicht mehr mit der Unwissenheit des Erbvertrages entschuldigen kann, wenn er nachher von dem Vertragserben zu Folge des §. 823 auf Abtretung der Erbschaft belangt wird, folglich diejenigen Früchte herausgeben oder ersetzen muß, auf welche er sonst als redlicher Besitzer nach dem §. 824 ein Recht gehabt hätte. — Allein abgesehen davon, daß diese Wirkung bloß eine zufällige wäre, kann man nicht behaupten, daß derjenige, der eine Erbschaft in Besitz nimmt, wiewohl er weiß, daß ein Anderer ein gleiches oder gar besseres Erbrecht hat, deßhalb allein als ein unredlicher Besitzer angesehen werden müsse (s. Bd. 2, S. 822 d. W.); und überdieß muß ja mit dem Vertragserben in der Regel immer ein testamentarischer oder Intestat-Erbe concurriren (vgl. §. 1253). — Auffez (in den Bruchstücken über die Form und Wirkung der öffentlichen Bücher; Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1839, II, S. 188) meint, durch die Einverleibung des Erbvertrages werde ein Pfandrecht zur Sicherstellung des Anspruches auf die künftige Verlassenschaft erworben, wogegen jedoch bemerkt werden muß, daß ja nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes ein selbst den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag den Ehegatten nicht hindert, mit seinem Vermögen unter Lebenden nach Belieben zu schalten, daß also diese Eintragung offenbar kein Pfandrecht gewähren kann. Winiwarter (bürg. Recht, Bd. 4, S. 473) sucht deßhalb die Wirkung derselben darin, daß dem Vertragserben die Realität, auf welche die Einverleibung geschehen ist, wenn sie sich noch in dem Nachlasse befindet, vorbehalten bleibt, so zwar, daß die Verlassenschaftsgläubiger und Miterben ihre Befriedigung, so weit es nur immer möglich ist, aus der übrigen

Verlassenschaft suchen müssen. — Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 646) endlich will diese Wirkung höchstens den Legataren, nicht auch den Gläubigern gegenüber gelten lassen, da diese das Recht haben, alle Theile des Vermögens des Erblassers zu ihrer Befriedigung zu verwenden, und da die Einverleibung eines Rechtes auf ein unbewegliches Gut nur die Sicherstellung und Befestigung desselben, keineswegs aber die Abänderung seiner Natur bewirken kann. Uns scheint aber selbst den Legataren gegenüber die von Winiwarter behauptete Wirkung nicht Platz zu greifen, weil sie der Natur des Erbrechtes widerspricht. Der Verfasser selbst sagt (a. a. O. S. 473), der Vertragserbe sei in Beziehung auf eine solche Realität „wie ein Vermächtnißnehmer" zu behandeln; uns scheint es aber nicht statthaft, den Erben „wie einen Legatar zu behandeln", und einem bestimmten Rechtsgeschäfte (der Einsetzung eines Vertragserben) die Wirkungen eines andern (der Anordnung eines Vermächtnisses) unterzuschieben. Wir meinen daher, die Eintragung eines Erbvertrages in die öffentlichen Bücher bringe gar keine wesentliche Wirkung hervor, und diene höchstens dazu, auf das Dasein eines solchen Vertrages aufmerksam zu machen. Die Erwähnung dieser Eintragung im §. 1252 erscheint dann freilich als ziemlich überflüssig, sie möchte aber deßhalb geschehen sein, weil ein Erbvertrag auch zugleich mit andern Ehepacten (z. B. der Bestellung eines Heirathsgutes u. dgl.) eingegangen und zur Intabulation gebracht werden kann, wobei dann allerdings der Zweifel hätte entstehen können, ob diese Eintragung nicht eine Beschränkung des Erblassers in seinem Veräußerungsbefugnisse schon unter Lebenden hervorbringe, welchen Zweifel der §. 1252 und zwar im verneinenden Sinne zu lösen für nöthig fand.

§. 1253.

Durch den Erbvertrag kann ein Ehegatte auf das Recht, zu testiren, nicht gänzlich Verzicht thun. Ein reiner Viertheil, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfüget, so fällt er doch nicht dem Vertragserben, obschon die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern den gesetzlichen Erben zu.

1) In der Besorgniß, daß es bei einem, auf die ganze Verlassenschaft sich erstreckenden Erbvertrage den Promittenten in der Folge dennoch gereuen könnte, sich jede Möglichkeit benommen zu haben, durch eine letzte Willenserklärung zu Gunsten anderer Personen zu verfügen, hat das Gesetz die Bestimmung getroffen, daß dem Ehegatten jedenfalls ein reiner Viertheil zur freien letzten Anordnung vorbehalten bleibe, wenn er auch mehr als drei Viertheile oder gar die ganze Verlassenschaft versprochen hätte. Um diesen reinen Viertheil zu ermitteln, sind zuerst sämmtliche Schulden des Erblassers von der Erbschaftsmasse abzuziehen, da nur dasjenige

Vermögen, was nach Tilgung derselben erübriget, den eigentlichen reinen Nachlaß ausmacht. Weiters kommen auch die, nach der bestimmten Anordnung des Gesetzes auf der Erbschaft haftenden Lasten (nämlich die Begräbnißkosten nach §. 549 und die von der Erbschaft zu entrichtenden Gebühren) von der Masse abzurechnen; endlich scheint auch der Pflichttheil davon abgezogen werden zu müssen, da ihn das Gesetz im §. 1253 „anderen Schulden“ gleichstellt, und da sonst der dem Vertragserben zufallende Theil des Nachlasses gegen die Absicht der Paciscenten zu sehr geschmälert würde *). Erst aus dem nach Abzug dieser Posten übrig bleibenden Vermögen kömmt sohin das in Frage stehende Viertheil zu ermitteln.

2) Hier entsteht nun die weitere Frage, ob die von dem Erblasser etwa angeordneten Vermächtnisse von dem Vertragserben, oder von demjenigen zu tragen seien, auf welchen der dem Gatten zur freien Verfügung vorbehaltene Viertheil fällt? Natürlich kann ein Zweifel dießfalls nur dann entstehen, wenn in dem Vertrage selbst nicht eine bestimmte Anordnung getroffen wurde; dann aber scheint uns jedenfalls die erstere Ansicht die richtige zu sein, weil man annehmen muß, daß der Vertragserbe, indem er die Aufnahme der Vermächtnisse in den Erbvertrag gestattete, dazu eingewilliget habe, dieselben zu tragen. Anders würde jedoch unsers Erachtens zu entscheiden sein, wenn die Vermächtnisse in einem früheren, vor Eingehung des Erbvertrages errichteten Testamente oder Codicille enthalten waren, wofern in dem Erbvertrag' nicht insbesonders darauf Bezug genommen wurde. Hier greift die eben angeführte Vermuthung nicht Platz, vielmehr könnte der Vertragserbe sich über Täuschung beklagen, wenn er einen bestimmten Theil des Nachlasses zu erhalten glaubte, und nun daraus die vielleicht sehr namhaften Legate entrichten, also beinahe allen Vortheil wieder aus den Händen geben müßte **). Was in Hinsicht der nach Eingehung eines Erbvertrages angeordneten Vermächtnisse zu gelten habe, wird bei §. 1254 erörtert werden.

3) Der nach den unter Z. 1 aufgestellten Grundsätzen berechnete Viertheil bleibt der freien Verfügung des Erblassers vorbehalten. Derselbe kann ihn einer dritten Person oder aber seinem Ehegatten zuwenden, oder endlich auch gar keine letzte Anordnung darüber treffen, in welchem Falle er an die Intestaterben gelangt. Bestritten ist hier nur die Frage, ob die Verfügung zu Gunsten des Ehegatten auch in dem Erbvertrage selbst

*) Winiwarter, a. a. O. S. 357. — Dieser Ansicht ist auch Nippel, der früher die entgegengesetzte Meinung vertheidigte, in seinen Erläut., Bd. 7, S. 648, beigetreten.

**) Man könnte vielleicht der Ansicht sein, daß der oben angedeutete Fall gar nicht eintreten könne, da ein später abgeschlossener Erbvertrag eine frühere letztwillige Anordnung aufhebe; allein wir glauben, daß dieß nicht der Fall sei, sondern daß die Eingehung eines Erbvertrages nur die Wirkung habe, daß die frühere Disposition nunmehr auf den der freien Anordnung vorbehaltenen Viertheil eingeschränkt werde. Bei einem Erbvertrage tritt nämlich die, der Vorschrift des §. 713 zum Grunde liegende Vermuthung (s. Bd. II, S. 553 d. W.) nicht ein, daß der Ehegatte die Absicht hatte, über sein ganzes Vermögen zu verfügen, weil eine solche Verfügung nach §. 1253 nicht einmal zulässig ist.

getroffen werden könne? Freilich ist dazu das bloße Versprechen des ganzen Nachlasses nicht hinreichend, da der Schlußsatz des §. 1253 ausdrücklich das Gegentheil verfügt *); allein warum die Beisetzung der Clausel, daß der Erbvertrag in Betreff des Viertheils, über welches die Ehegatten durch Vertrag nicht disponiren können, als ein Testament angesehen, und aufrecht erhalten werden solle, oder die ausdrückliche Einsetzung des Gatten zum Erben des mehrgedachten Viertheiles nicht zulässig sein solle, ist uns nicht wohl erklärlich **). Es scheint dadurch der Absicht des Gesetzgebers nicht im Mindesten entgegen getreten zu werden, denn diese Verfügung (sei sie in der Form einer Clausel oder einer Erbeseinsetzung geschehen) bleibt immer widerruflich, also immer der freien letzten Anordnung des Erblassers vorbehalten, worauf es allein ankömmt; und der Umstand, ob eine solche (widerrufliche) Anordnung in den Erbvertrag eingeschaltet, oder in einer abgesonderten Erklärung enthalten sei, dürfte doch völlig gleichgiltig sein.

§. 1254.

Der Erbvertrag kann zum Nachtheile des andern Gatten, mit dem er geschlossen worden ist, nicht widerrufen, sondern nur nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden. Den Notherben bleiben ihre Rechte, wie gegen eine andere letzte Anordnung, vorbehalten. Erlöschung desselben.

1) Obwohl der Erbvertrag einen Titel zum Erbrechte bildet, so unterscheidet er sich von einer letztwilligen Anordnung doch vorzüglich durch seine Unwiderruflichkeit, welche der Natur eines Vertrages entspricht. Kommen jedoch in demselben zugleich Verfügungen zu Gunsten anderer Personen (insbesondere Vermächtnisse) vor, so sind diese eben nur als letzte Willenserklärungen anzusehen, und daher allerdings widerruflich ***).

2) Ingleichen kann der Erbvertrag nicht (wie ein Testament nach §. 713) durch eine spätere letzwillige Anordnung entkräftet werden, da der Promittent nicht einseitig in die Rechte des Promissars einzugreifen befugt ist; eine solche letztwillige Verfügung, mag sie eine Erbeseinsetzung, oder bloß Vermächtnisse enthalten, kann daher jedenfalls nur auf den, dem Ehegatten nach §. 1253 vorbehaltenen Viertheil oder auf jenen Theil

*) Der Grund dieser Bestimmung scheint uns darin gelegen zu sein, daß man aus dem bloßen Mangel einer letztwilligen Verfügung über diesen vorbehaltenen Viertheil, wenn der ganze Nachlaß versprochen wurde, nicht mit Sicherheit auf den Willen des Promittenten schließen kann, ihn seinem Ehegatten zuzuwenden, vielmehr einen Irrthum desselben annehmen muß, da sonst das Versprechen gar nicht auf die ganze Verlassenschaft ausgedehnt worden wäre, über welche man ja nicht vertragsmäßig verfügen kann. — Die Unstichhältigkeit der von Nippel angeführten Gründe hat unseres Erachtens schon Winiwarter (a. a. O. S. 360) dargethan.

**) S. dagegen Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 652.

***) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 653.

bezogen werden, den derselbe nach Inhalt des Erbvertrages selbst zu seiner freien Disposition erübriget.

3) Anderseits treten bei dem Erbvertrage alle jene Erlöschungsarten ein, die bei Verträgen überhaupt, und bei den Ehepacten insbesondere (§§. 1264—1266) Platz greifen. Darunter gehört auch die gegenseitige Einwilligung der Parteien (§. 1444), welche hier nicht an die Form, die bei Eingehung des Erbvertrages (nach §. 1249) beobachtet werden muß, gebunden erscheint (§. 883).

4) Eben so wenig dürfte es einem Zweifel unterliegen, daß derjenige Theil, der in einem Erbvertrage eingesetzt ist, seinem Rechte auch bei Lebzeiten des Promittenten entsagen könne (§. 551), und daß diese Verzichtleistung keine besonderen Förmlichkeiten erheische.

5) Daß der Vertragserbe bei eintretendem Erbanfalle sein Recht, wie jedes andere Erbrecht (aus einem Testamente oder aus dem Gesetze) geltend machen müsse, folgt mit Klarheit aus der Anordnung des §. 799 und aus dem §. 126 des Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 d. R. G. Bl. Hieraus geht aber dann noch weiters hervor, daß der Vertragserbe zur Zeit des wirklichen Erbanfalles (§. 545) erbfähig sein müsse, um den ihm zugedachten Erbtheil erlangen zu können *).

6) Da das Erbrecht Niemanden aufgedrungen werden kann, so ist auch der Vertragserbe nicht verpflichtet, von demselben Gebrauch zu machen; er kann daher sowohl ausdrücklich (§. 805) auf die ihm angefallene Erbschaft verzichten, als stillschweigend derselben dadurch entsagen, daß er die Erbserklärung nicht überreicht (vgl. Bd. 2, S. 768 d. W.). Sind in dem Erbvertrage zugleich Vermächtnisse für dritte Personen angeordnet, so entspringt hieraus für den überlebenden Ehegatten keine Verbindlichkeit, die Erbschaft anzunehmen, und in Folge dessen die Vermächtnisse zu entrichten. Ein Anspruch der Legatare gegen den Vertragserben kann erst durch die Antretung der Erbschaft von seiner Seite begründet werden; schlägt er diese aus, so können die Vermächtnißnehmer ihre Ansprüche nur gegen die Intestaterben des Verstorbenen, wenn diese sich zu Erben erklären, geltend

*) Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 656) behauptet, daß der Erbvertrag an und für sich ungiltig sei, wenn der bedachte Ehegatte zur Zeit des geschlossenen Erbvertrages zu erben unfähig war, und daß auch eine in der Zwischenzeit eingetretene Erbunfähigkeit oder Unwürdigkeit den geschlossenen Erbvertrag auflöse. Beiden Behauptungen scheint aber eine Verwechslung der Begriffe zu Grunde zu liegen. Das Gesetz fordert zur Eingehung eines Erbvertrages nebst der Eigenschaft eines Ehegatten nur die Fähigkeit, einen giltigen Vertrag abzuschließen, nirgends aber die Erbfähigkeit des Paciscenten. Ebenso verlangt der §. 545 die Fähigkeit des Erben nur zur Zeit des wirklichen Erbanfalles, ohne zwischen den Titeln des Erbrechtes zu unterscheiden. Wenn aber Nippel meint, daß in dem Falle, als der Vertragserbe zu erben unfähig wird, die Erbschaft als ein in Bezug auf seine Person dem Verkehre entzogener Gegenstand (§. 880) anzusehen sei, so muß man mit Winiwarter (a. a. O. S. 364) dagegen bemerken, daß die subjective Unfähigkeit einer Person zur Erwerbung einer Sache von der Untauglichkeit des Objectes der Erwerbung wohl unterschieden werden müsse, und daß daher die Vorschriften bezüglich der dem Verkehre entzogenen Gegenstände nicht auf den Fall einer eintretenden persönlichen Unfähigkeit angewendet werden dürfen.

machen, oder, wenn auch diese die Erbschaft ausschlügen, sich der Vergünstigung des §. 726 bedienen *).

7) Der Begriff der Pflichttheilsberechtigung (Bd. 2, S. 648 d. W.) bringt es mit sich, daß die Rechte der Notherben eben so wenig durch einen Erbvertrag, als durch eine letztwillige Anordnung **) beeinträchtiget werden können, daß ihnen daher gegen denselben ihre Ansprüche nach Vorschrift der §§. 775, 777 und 778 vorbehalten bleiben.

§. 1255.

Wenn ein Ehegatte dem andern die Fruchtnießung seines Vermögens auf den Fall des Ueberlebens ertheilt; so wird er dadurch in der freien Verfügung durch Handlungen unter Lebenden nicht beschränkt; das Recht der Fruchtnießung (§§. 509—520) bezieht sich nur auf den Nachlaß des frei vererblichen Vermögens. Fruchtnießung auf den Todesfall. (Advitalitäts-Rechte.)

§. 1256.

Wird aber die Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes mit Einwilligung des Verleihers den öffentlichen Büchern einverleibt, so kann dieselbe in Hinsicht dieses Gutes nicht mehr verkürzt werden.

1) Der Vertrag, durch welchen ein Ehegatte dem andern die Fruchtnießung seines Vermögens für den Fall des Ueberlebens einräumt, und dessen weder das Josephinische, noch das gal. G. B. ausdrücklich erwähnen, scheint dem polnischen Rechte entlehnt zu sein, wo das aus diesem Vertrage entspringende Recht, da es auf die Lebensdauer (ad dies vitae) des überlebenden Ehegatten beschränkt war, jus advitalitium, advitalitas genannt wurde ***). Es mußte nach diesem Rechte wechselseitig (invicem et mutuo) eingeräumt werden, und zwar nach einer eigenen, dafür vorgezeichneten Formel, wie solche nach einem Statute König Sigismunds v. J. 1543 für die gewöhnlich vorkommenden Contracte überhaupt bei Strafe der Ungiltigkeit vorgeschrieben waren. Das Gesetz gestattete diesen Vertrag hauptsächlich aus dem Grunde, weil es nach dem alten Rechte nicht erlaubt war, über liegende Güter testamentarisch zu verfügen, und daher ein Gatte, wenn er außer diesen Gütern kein anderweitiges Vermögen besaß, kein Mittel gehabt hätte, den überlebenden Theil zu bedenken. Die Jos. Gesetzgebung war dem Advitalitätsrechte nicht günstig. Das Hofd.

---

*) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 13. August 1852, Z. 7599, über den in Nr. 148 der allg. öst. Ger.-Ztg. v. J. 1852 dargestellten Rechtsfall.

**) Das Gesetz sagt nicht ganz richtig „andre letzte Anordnung", da der Erbvertrag von einer letztwilligen Anordnung wesentlich verschieden ist.

***) Winiwarter, a. a. O. S. 365.

v. 31. October 1785, Nr. 489 der J. G. S. bestimmte, daß der überlebende Ehegatte unter dem Titel des Advitalitätsrechtes künftig keineswegs mehr, als den Fruchtgenuß von einem Viertheile des freien Vermögens des verstorbenen Gatten lebenslänglich zu beziehen berechtiget sein solle, und erklärte jeden, dieser Anordnung zuwider laufenden Vertrag für nichtig. Das Hofd. v. 10. October 1787, Nr. 985 ebd. wiederholt die eben angedeuteten Verfügungen mit dem Beisatze, daß die übrigen drei Viertheile des Nachlasses, wenn der verstorbene Ehegatte nicht darüber verfügt hätte, den Intestaterben desselben zufallen sollen. Zugleich wurde bemerkt, daß der Anspruch auf das in Frage stehende Recht nicht bloß aus alten Contractsformeln hergeleitet werden könne, sondern daß er durch ein ausdrückliches und klar bedungenes Einverständniß begründet sein müsse, so wie, daß er erlösche, wenn der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreitet. In dem Gesetze v. 7. December 1790, Nr. 90 der J. G. S., wurden zwar die beiden vorerwähnten Gesetze aufgehoben, für die Zukunft aber bestimmt, daß ein dießfälliges Uebereinkommen, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, nicht über mehr als ein Viertheil des Nachlasses solle abgeschlossen werden können, wogegen es, in Ermanglung ehelicher Nachkommen, den Gatten freigestellt wurde, den Vertrag über das obige Maß zu erweitern. Das Hofd. v. 27. Jänner 1791, Nr. 107 ebd., sagt ausdrücklich: „Der Umstand, ob die Advitalitätsverschreibung auf besonders benannte, oder insgemein auf alle unbeweglichen Güter gerichtet, und somit der Landtafel in Kraft eines Pfandrechtes einverleibt sei, habe auf die Giltigkeit des Rechtes und die hieraus entspringenden gesetzlichen Wirkungen keinen Einfluß, mache daher im Gesetze keinen Unterschied, weil die Eintretung gerichtlicher Autorität und landtäfliche Vormerkung weiter nicht, als es das Gesetz zuläßt, wirken könne." Nach dem Hofd. v. 1. December 1797, Nr. 391, sollten die Advitalitätsrechte zwischen Eheleuten vom 1. Jänner 1798, d. i. vom Tage der Wirksamkeit des neuen Gesetzbuches an, nicht anders als in Uebereinstimmung mit diesem Gesetze pactirt werden können. Das Hofd. v. 21. Juli 1806, Nr. 775 der J. G. S., endlich verfügte, daß dem überlebenden Ehegatten, wenn ihm der lebenslängliche Fruchtgenuß des ganzen Vermögens von dem ab intestato verstorbenen Ehetheile verschrieben worden war, ein weiterer Anspruch auf ein Viertheil der Verlassenschaft nach §. 557 des II. Thls. des genannten Gesetzbuches nicht zustehe. — Auffallend ist es hier, daß das Hofd. v. 1. Dec. 1797 den Parteien vorschreibt, die Advitalitätsrechte in Uebereinstimmung mit dem neuen Gesetzbuche zu pactiren, während doch dieses Gesetzbuch über den Advitalitätsvertrag gar keine Bestimmung enthält, ja desselben nicht einmal erwähnt. Dieser Widerspruch kann nicht wohl anders gelöst werden, als daß man annimmt, der Gesetzgeber habe den Vertrag über das Advitalitätsrecht als eine Art von Erbvertrag angesehen, der in dem gal. G. B. allerdings, und zwar umständlich in den §§. 513—528 des II. Thls. behandelt wird. Diese Ansicht scheint auch unserem a. b. G. B. zu Grunde zu liegen, und der Advitalitätsvertrag mithin auch gegenwärtig unter die Erbverträge zu gehören. Dafür spricht aber auch noch der weitere Grund, daß das Wort „Ehepacte" in diesem Gesetze bald in einer weiteren, bald

aber auch in einer engeren Bedeutung gebraucht wird, wo die Erbverträge den Ehepacten coordinirt werden, wie in den §§. 121, 758 und 1266 geschieht. In Uebereinstimmung hiermit sind die Ehepacten in den Randglossen der §§. 1218—1242 fortlaufend mit 1 bis 6 nummerirt, worauf ohne weitere Nummerirung die Schenkungen unter Ehegatten, die wechselseitigen Testamente und die „Erbverträge" folgen. Dieser Ausdruck, in der vielfachen Zahl gebraucht, läßt erkennen, daß der Gesetzgeber mehrere Arten von Erbverträgen unterscheiden wollte, als welche sich in der That der eigentliche Erbvertrag (§. 1249), der Advitalitätsvertrag (§. 1255) und die Einkindschaft (§. 1259) darstellen. Hieraus ergibt sich dann aber die wichtige Folgerung, daß die Bestimmungen der §§. 1249—1254 auch auf den in Frage stehenden Vertrag anzuwenden kommen, in so fern nicht durch das Gesetz selbst etwas Anderes festgesetzt ist (wie in den §§. 1256 u. 1257 geschehen) oder aus der Natur des Gegenstandes folgt. Insbesondere muß daher auch der Advitalitätsvertrag schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden (§. 1249), was uns auch mit der Natur der Sache vollkommen im Einklange zu stehen scheint, da alle Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, für die Abschließung eines Erbvertrages gewisse strengere Förmlichkeiten vorzuschreiben, auch bei dem Advitalitätsvertrage, vielleicht nur in etwas geringerem Grade, eintreten. — Zweifelhafter ist es, ob, selbst wenn man unserer Ansicht beipflichtet, auch der Advitalitätsvertrag der Beschränkung des §. 1253 unterliege, da hier der Erblasser doch immerhin über die Substanz seines Nachlasses verfügen kann. Allein da der §. 1253 bestimmt, daß dem Ehegatten ein reiner Viertheil, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haftet, zur freien letzten Anordnung vorbehalten bleiben müsse, so scheint es, daß dieser Viertheil auch nicht mit dem lebenslänglichen Fruchtgenusse zu Gunsten des überlebenden Ehegatten belastet werden dürfe, was um so wahrscheinlicher ist, als die früheren Gesetze, wie gezeigt, das Advitalitätsrecht in der Regel sogar auf den vierten Theil des Nachlasses einschränkten *).

2) Der Gegenstand des Advitalitätsvertrages ist der Fruchtgenuß an dem Vermögen, oder an einem aliquoten Theile desselben, wie sich aus der Vergleichung mit §. 1249 ergeben dürfte. Diesem steht die Verfügung des §. 1256 nicht entgegen; denn gleichwie der §. 1252 bei dem

*) Die von uns vertheidigte Ansicht, daß der Advitalitätsvertrag unter den Ehegatten nach dem a. b. G. B. als eine Art der Erbverträge anzusehen sei, hat vorzüglich Dolliner in einer ausführlichen Abhandlung (in der Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1833. I. S. 147) entwickelt. — Dagegen hat Winiwarter (a. a. O. S. 365, und in seinem bürg. Recht, Bd 4, S. 484) mit vielem Scharfsinne die entgegengesetzte Meinung zu begründen versucht, daß der Advitalitätsvertrag ein selbstständiger, von dem Erbvertrage wesentlich verschiedener Vertrag ist, auf welchen daher auch die Vorschriften der §§. 1249 und 1253 nicht angewendet werden können. Eine Hauptstütze dieser Behauptung, daß nämlich das Recht auf den Fruchtgenuß der ganzen Verlassenschaft, oder eines aliquoten Theiles derselben, nicht als ein Erbrecht angesehen werden könne, haben wir bereits bei Erörterung des §. 757 (Bd. 2, S. 609, Z. 7 d. W.) hinwegzuräumen versucht.

Erbvertrage, der doch der allgemeinen Ansicht zu Folge nicht über einzelne Sachen abgeschlossen werden kann, der Eintragung in die öffentlichen Bücher erwähnt, so geschieht dieß auch im §. 1256, ohne daß sich daraus folgern ließe, daß der Gegenstand des Advitalitätsvertrages auch ein einzelnes unbewegliches Gut sein könne *).

3) Da das Gesetz dießfalls keine Beschränkung enthält, so kann der Advitalitätsvertrag sowohl entgeltlich als unentgeltlich abgeschlossen werden, und das Entgelt kann in dem ebenfalls eingeräumten Fruchtgenusse des gegentheiligen Vermögens, oder in einer anderen Leistung bestehen.

4) Die Wirkung des Advitalitätsvertrages äußert sich in der Regel erst beim Ableben des Promittenten. Bis zu seinem Tode wird derselbe in der freien Verfügung durch Handlungen unter Lebenden nicht gehindert (vgl. §. 1252). Wohl aber kann er über die Fruchtnießung desjenigen Antheiles, den er dem überlebenden Gatten zusichert, nicht mehr letztwillig disponiren (vgl. §. 1254), wogegen ihm die Verfügung über die Substanz allerdings offen steht. Daß endlich nach unserer Ansicht dem Erblasser jedenfalls ein reiner Viertheil seines Nachlasses zur freien letzten Anordnung vorbehalten bleiben müsse (vgl. §. 1253), haben wir schon oben unter Z. 1 bemerkt. Der überlebende Ehegatte erlangt die Rechte eines Fruchtnießers, wie sie die §§. 509—520 normiren.

5) Bei dem eigentlichen Erbvertrage bringt selbst die Eintragung in die öffentlichen Bücher keine Abweichung von den bisher entwickelten Folgen hervor (s. ob. S. 451 u. ff.); anders ist es aber bei dem Advitalitätsvertrage, bei welchem nach §. 1256 die Eintragung in die öffentlichen Bücher den Promittenten an jeder weiteren Verfügung zum Nachtheile des Promissars, sei es durch Acte unter Lebenden, sei es durch eine letzte Willenserklärung, hindert, — in so weit natürlich die Grenzen des §. 1253 nicht überschritten worden. Der Grund dieses Unterschiedes mag wohl darin gelegen sein, daß der Erblasser, wie schon angedeutet wurde, ungeachtet der Beschränkung, die er sich selbst auferlegte, doch noch über die Substanz des Nachlasses frei verfügen kann, daher jene Bedenken nicht eintreten, welche die entgegengesetzte Vorschrift des §. 1252 hervorgerufen haben mögen. Daß übrigens auch der Advitalitätsvertrag **) nicht einseitig, sondern nur mit Zustimmung des Gegentheiles den öffentlichen Büchern einverleibt werden könne, geht aus der klaren Anordnung des Gesetzes hervor.

---

*) Dolliner, a. a. O. S. 159. — Anderer Meinung sind Winiwarter, a. a. O. S. 366 und Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 661. — Wird dem Ehegatten die Fruchtnießung einer einzelnen Sache zugedacht, so ist dieß eben nichts anders als eine Schenkung auf den Todesfall, die nach §. 956 zu beurtheilen kommt.

**) Der §. 1256 textirt nicht ganz richtig: „Wird die Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes u. s. w.“ Besser wäre es gewesen, wie im §. 1252 zu sagen: „wird der Vertrag über die Fruchtnießung u. s. w.“

§. 1257.

In dem Falle, daß der überlebende Theil sich wieder verehelichet, oder die Fruchtnießung einem Anderen abtreten will, haben die Kinder des verstorbenen Ehegatten das Recht, zu verlangen, daß ihnen dieselbe gegen einen angemessenen jährlichen Betrag überlassen werde.

1) Schon im polnischen Rechte war die Beschränkung des Advitalitätsrechtes zu Gunsten der Kinder, denen meistens das Eigenthum der dem überlebenden Ehegatten zum Fruchtgenusse überlassenen Güter zusteht, enthalten*), und sie ist in der That auch geeignet, Collisionen zu vermeiden, welche leicht entstehen könnten, wenn die Ausübung der Fruchtnießung**) einer fremden Person abgetreten wird, oder wenn der überlebende Theil zu einer neuen Ehe schreitet.

2) Sollten sich die Kinder, oder im Falle ihrer Minderjährigkeit, die gesetzlichen Vertreter derselben mit dem überlebenden Ehegatten über den Ablösungsbetrag nicht vereinigen können, so hätte der Richter denselben, allenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, zu bestimmen.

3) Das den Kindern zustehende Einlösungsrecht muß übrigens auch gegen dritte Personen geltend gemacht werden können, an welche die Ausübung des Fruchtgenusses etwa überlassen wurde, da dasselbe sonst allzuleicht durch eine ohne Wissen derselben vorgenommene Veräußerung vereitelt werden könnte, und da die in Frage stehende Beschränkung aus dem Gesetze fließt, mit dessen Unkenntniß sich Niemand entschuldigen kann.

§. 1258.

Ein Ehegatte, welcher auf die Fruchtnießung der ganzen Verlassenschaft des anderen Ehegatten, oder eines Theiles derselben Anspruch macht, hat kein Recht, den ihm in dem Falle der gesetzlichen Erbfolge von dem Gesetze ausgemessenen Antheil zu fordern (§§. 757—759).

1) Zufolge der Anordnung des §. 758 muß sich der überlebende Ehegatte dasjenige, was ihm gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung aus dem Vermögen des andern zukommt, in seinen gesetzlichen Erbtheil einrechnen lassen. Diese Einrechnung würde nun zwar keinen Schwierigkeiten unterliegen, wenn Kinder vorhanden sind, folglich der überlebende Gatte nur auf die Fruchtnießung seines Erbtheiles (§. 757) Anspruch hat. Sehr unzuverlässig aber würde sie sein — wie Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 645) bemerkt — wenn die zugesicherte Fruchtnießung zu einem Capitalswerthe angeschlagen und in den eigen-

---

*) Winiwarter, a. a. O. S. 374.

**) Das Recht selbst kann nach §. 485 nicht abgetreten werden.

thümlichen Erbtheil eingerechnet werden sollte, weil sie von unsichern Calculen und Muthmaßungen über die Lebensdauer, die körperliche Beschaffenheit, die bevorstehenden Gefahren u. dgl. abhinge, mithin mannigfaltigen Nachforschungen, Widersprüchen und Streitigkeiten ausgesetzt wäre, zu deren Beseitigung das Gesetz mittelst der dem überlebenden Gatten zugestandenen Wahl zwischen dem Anspruche auf den Intestaterbtheil und auf das Advitalitätsrecht kurz durchgegriffen hat.

2) Nach der Analogie des §. 906 kann der Gatte von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht mehr abgehen. Hätte er sich also zu dem Nachlasse des Verstorbenen schon erbserklärt, so kann er diese Erbserklärung nicht mehr widerrufen (§. 806), und die ihm vertragsmäßig zugestandene Fruchtnießung in Anspruch nehmen.

3) Diejenigen Schriftsteller, welche der Ansicht sind, daß der Advitalitätsvertrag auch über einzelne Sachen abgeschlossen werden könne, behaupten, daß die Verfügung des §. 1258 in einem solchen Falle nicht Platz greife, vielmehr der überlebende Gatte beide Ansprüche geltend machen könne, und sich nur nach §. 758 die Einrechnung des Fruchtgenusses in seinen Intestaterbtheil gefallen lassen müsse. Wir finden aber in der Nothwendigkeit, den allgemeinen Wortlaut des in Frage stehenden Paragraphen auf die angedeutete Weise zu beschränken, eine neue Bestätigung unserer oben (S. 459) vertheidigten Meinung, daß sich das Advitalitätsrecht nur auf eine pars quota, nicht auch auf eine pars quanta des Nachlasses beziehen könne.

§. 1259.

Einkindschaft.

Die Einkindschaft, das ist ein Vertrag, wodurch Kinder aus verschiedenen Ehen in der Erbfolge einander gleich gehalten werden sollen, hat keine rechtliche Wirkung.

Die Einkindschaft ist nach Mittermaier (a. a. O. §. 368) die von zwei zur Ehe schreitenden Personen, von welchen wenigstens eine schon aus ihrer früheren Ehe Kinder hat, geschlossene Verabredung über die Gleichstellung der Rechte der Kinder, die aus der früheren Ehe vorhanden sind, mit den aus der neuen Ehe zu erwartenden Kindern. Diese Einrichtung, die in dem deutschen Gewohnheitsrechte wurzelt, hatte verschiedene Veranlassungen ihrer Entstehung, welche heut zu Tage hinweggefallen sind, daher sie schon das Jos. G. B. (§. 33 des IV. H. St.) für unstatthaft erklärte, weil dieselbe, wie Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 646) bemerkt, viele Mißbräuche, Zudringlichkeiten für Erwirkung eines unbilligen Einverständnisses, lästige Vermögenserforschungen und Kränkung der Rechte der Notherben hervorbringt, und den Ehegatten in anderem Wege unbenommen bleibt, mittelst wechselseitiger Testamente oder Erbverträge eine billige Vertheilung ihres Vermögens vorzunehmen. — Es kann daher auch keinem Zweifel unterliegen, daß es den Gatten vorbehalten bleibe, mittelst testa-

mentarischer Verfügung ihre aus verschiedenen Ehen herstammenden Kinder zu gleichen Theilen zu Erben einzusetzen, wofern nur dadurch die Notherben nicht in ihrem Pflichttheilsanspruche verkürzt werden *).

§. 1260.

Wenn über das Vermögen des Mannes bei seinen Lebzeiten ein Concurs eröffnet wird, so kann die Ehegattin zwar noch nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes und die Herausgabe der Widerlage, sondern nur die Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen. Sie ist überdieß berechtiget, von Zeit der Concurs-Eröffnung den Genuß des wittiblichen Unterhaltes, und wenn keiner bedungen ist, den Genuß des Heirathsgutes anzusprechen. Dieser Anspruch auf den einen oder den anderen Genuß hat aber nicht Statt, wenn bewiesen wird, daß die Ehegattin an dem Verfalle der Vermögensumstände des Mannes Ursache sei.

Absonderung des Vermögens in dem Falle: 1) eines Concurses;

1) Die eheliche Verbindung allein begründet, wie wir schon öfter bemerkt haben, keine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten, sondern jeder Theil behält sein voriges Eigenthumsrecht, und auf das, was er während der Ehe erwirbt, hat der andere keinen Anspruch. Hieraus folgt, daß ein Ehegatte für die Schulden des andern nicht in Anspruch genommen werden kann, und der Ausbruch des Concurses über das Vermögen des einen oder des andern Ehetheiles würde daher, abgesehen von einer besonderen gesetzlichen Verfügung, keine andere Wirkung haben, als die, welche die Concurseröffnung überhaupt nach sich zieht, daß nämlich jeder Gläubiger der Regel nach seine Forderung innerhalb der Edictalfrist anmelden und liquidiren muß, und mit derselben in eine bestimmte Classe versetzt wird. Dieß ist in der That auch der Fall, wenn der Concurs über das Vermögen der Gattin (§. 1261) oder über jenes des Mannes nach dem Tode desselben ausbricht. Wenn der Concurs aber über das Vermögen des Mannes bei seinen Lebzeiten eröffnet wird, kommen einige besondere Verfügungen zur Anwendung, die in dem Folgenden ihre Erörterung erhalten sollen **). Der Fall einer bestehenden Gütergemeinschaft endlich wird erst im §. 1262 behandelt werden.

---

*) S. Ellinger, Rechtsfall über Einkindschaft und Gütergemeinschaft (Jurist. Bd. 18, S. 307); nur meinen wir, daß in dem dort erzählten Falle allerdings eine unzulässige Einkindschaft vorlag, da die Kinder unabänderlich mit letztwilliger Anordnung zu Erben eingesetzt wurden, das charakteristische Merkmal einer letztwilligen Anordnung aber gerade im Gegentheile die Widerruflichkeit ist.

**) Vgl. Richter, K. F. Abhandlung über das Vorzugsrecht der Gattin im Concurse der Gläubiger ihres Mannes. Olmütz. 1830.

2) Hat die Gattin dem Manne ein Heirathsgut zugebracht, so kömmt zu unterscheiden, ob dasselbe in das Eigenthum des Mannes übergegangen, oder ihr Eigenthum verblieben ist (§§. 1227 und 1228). In letzterem Falle darf dasselbe nicht zur Befriedigung der Gläubiger des Mannes verwendet werden; die Gattin kann vielmehr mit der Vindicationsklage gegen die Concursmasse auftreten, und die Ausscheidung ihres Eigenthumes begehren, und zwar dieß vor allen übrigen Gläubigern *). Ein Unterschied von andern Vindicationsansprüchen waltet nur darin ob, daß die Gattin nicht die sofortige Zurückstellung des Heirathsgutes, sondern nur die Sicherstellung desselben (also die gerichtliche Hinterlegung, oder bei unbeweglichen Gütern die Sequestration derselben) für den Fall der Auflösung der Ehe verlangen kann, wo es in der Regel ihr anheimfällt (§. 1229) **). Wären die als Heirathsgut übergebenen Sachen zur Zeit der Concurseröffnung nicht mehr vorhanden, oder sind dieselben überhaupt in das Eigenthum des Mannes übergegangen, so kann die Gattin zwar keine Vindicationsklage einbringen, sie kann aber im ersten Falle ihren Ersatzanspruch, im zweiten Falle ihre Forderung auf dereinstige Herausgabe des ihr gebührenden Betrages bei der Concursmasse liquidiren, und die Sicherstellung ihres Rechtes, jedoch nicht vor allen Gläubigern, sondern nach §. 19 der a. C. O., §. 129 der gal. und §. 121 der ital. G. O. in der dritten Classe, vor den Gemeingläubigern, nach der ungar. u. siebenb. C. P. O. aber mit diesen ebenfalls in der dritten Classe, begehren.

3) Außerdem ist die Gattin auch berechtigt, wenn kein wittiblicher Unterhalt bedungen wurde und nicht die weiter unten anzuführende Ausnahme eintritt, den Genuß des Heirathsgutes anzusprechen, da sie von dem Cridatare den ihr sonst (nach §. 91) gebührenden anständigen Unterhalt nicht zu erlangen vermag. Auch dieser Anspruch müßte aber gehörig angemeldet, liquidirt und in die dritte Classe versetzt werden, es könnte also der Gattin, wenn sie nicht Eigenthümerin des Brautschatzes geblieben und dieser noch in natura vorhanden ist, der Genuß nur von jenem Betrage zugesprochen werden, welchen sie in Folge der vorzunehmenden Classification und Cridarepartition erlangen würde, wenn ihr das Heirathsgut sogleich zurückgestellt werden müßte.

---

*) S. §. 14 d. a. G. O., §. 122 d. galiz. und §. 116 d. ital. G. O., §. 9 d. ungar. u. siebenb. C. P. O.

**) Nippel (Erläut. Bd. 7, S. 671) meint zwar, die Gattin könne in unserem Falle, wenn kein wittiblicher Unterhalt bedungen ist, die Zurückstellung des Heirathsgutes noch vor Auflösung der Ehe verlangen, da sie unter dieser Voraussetzung den Genuß desselben anzusprechen berechtigt ist, und da mithin die Gläubiger kein Interesse hätten, ihr dasselbe vorzuenthalten, wenn ihnen weder gegenwärtig noch künftig ein Genuß und noch weniger das Eigenthum zusteht. Allein außer dem klaren und bestimmten Wortlaute des Gesetzes spricht gegen diese Ansicht auch noch die weitere Betrachtung, daß die Einräumung des Genusses des Heirathsgutes nicht auch die Uebergabe der Sache selbst erfordert, und daß ja der Brautschatz auf Ueberleben bedungen sein kann, so daß er dem Gatten zufällt, wenn die Frau vor ihm mit Tode abgeht, in welchem Falle es allerdings möglich ist, daß der Cridatar das Eigenthum desselben erlange, und daß dieses sohin den Gläubigern zu Guten komme. (Winiwarter, Bd. 4, S. 498.)

4) In Ansehung der Widerlage bestimmt das Gesetz, daß die Gattin zwar nicht die Herausgabe, aber doch die Sicherstellung derselben für den Fall der Auflösung der Ehe verlangen könne, und zwar gebührt ihr dieser Anspruch, so weit dieselbe den Anspruch des Heirathsgutes nicht überschreitet, nach §. 19 der a. G. O., §. 129 der galiz. und §. 121 der ital. G. O. in der dritten, mit dem Ueberreste aber nur in der sechsten Classe, — nach der ungar. u. siebenb. G. O. aber im ganzen Umfange in der dritten Classe. Das Maaß des sicherzustellenden Betrages wäre nach den unter Z. 3 am Schlusse aufgestellten Grundsätzen zu ermitteln. Einen Genuß der Widerlage kann die Ehegattin nicht ansprechen, da diese zu Folge §. 1230 überhaupt nur nach dem Tode des Mannes ihre Wirksamkeit äußert.

5) Ist ein Witwengehalt (§. 1242) bedungen worden, so steht der Gattin ungeachtet des noch nicht erfolgten Ablebens ihres Mannes der Genuß desselben zu, da sie in Folge des ausgebrochenen Concurses einer solchen Unterstützung eben so bedarf, als wenn sie sich wirklich im Witwenstande befände. Sonderbarer Weise ist aber dieser Anspruch nicht in die dritte, sondern durch das Hofd. vom 7. December 1789, Nr. 1082 der J. G. S., dann durch den §. 133 der galiz. und §. 125 der ital. G. O. in die sechste Classe versetzt. Die Gattin ist daher in diesem Falle übler daran, als wenn sie keinen Witwengehalt zugesichert erhalten hätte, sondern bloß den Genuß des Heirathsgutes anzusprechen berechtiget wäre *). Scheidlein (a. a. O. S. 81) behauptet deßhalb, daß der Anspruch auf den Genuß des wittiblichen Unterhaltes vor allen Gläubigern einzureihen sei, da ihm das b. G. B. gar keine bestimmte Classe zuweist. Allein dagegen muß bemerkt werden, daß das G. B. sich überhaupt nicht zur Aufgabe machte, die Classenrechte im Concurse zu bestimmen, sondern dieß den neben demselben bestehenden Concursgesetzen überließ **). Außerdem steht es ja der Gattin frei, durch Erwirkung einer angemessenen Sicherstellung (nach §. 1245) sich sogar die zweite Classe (der Pfandgläubiger) zu sichern. Daß der Anspruch auf den Genuß des Heirathsgutes nicht statt findet, wenn der wittibliche Unterhalt zu verabfolgen kömmt, ist schon oben bemerkt worden.

6) Weder das eine noch das andere kann aber die Gattin begehren, wenn sie an dem Verfalle der Vermögensumstände ihres Mannes durch Verschwendung, Putzsucht u. dgl. Schuld trägt, was sich aus der Cridauntersuchung ergeben wird. Uebrigens kann sie auch in diesem Falle auf Sicherstellung des Heirathsgutes und der Widerlage dringen, da sie das Gesetz zur Strafe ihres Verhaltens nur von dem Anspruche auf den Genuß des Heirathsgutes oder des wittiblichen Unterhaltes ausschließt.

---

*) Die ungar. und siebenb. G. O. haben weit consequenter auch des Witwengehaltes gar nicht erwähnt, er kömmt also, wie der Genuß des Heirathsgutes, wenn dieses nicht in natura vindicirt wird, in die dritte Classe der Gemeingläubiger zu stehen.

**) Nippel, Erläut. Bd. 7, S. 677.

7) Wir haben schon oben (S. 439) bemerkt, daß in dringenden Fällen, oder bei Gefahr eines Nachtheiles dem Ehemanne die Verwaltung und Fruchtnießung des Vermögens seiner Gattin abgenommen werden könne, selbst wenn sie ihm ausdrücklich und für immer verwilligt worden wäre. Dieß wird denn auch in dem Falle eines über sein Vermögen ausgebrochenen Concurses Platz greifen, da hier der Zweck dieser Gestattung, nämlich die Erleichterung der Bestreitung des ehelichen Aufwandes nicht mehr erreichbar ist, und die Gattin nicht gezwungen werden kann, aus ihrem eigenen Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger ihres Mannes beizutragen, wenn keine Gütergemeinschaft zwischen den Gatten besteht.

§. 1261.

Verfällt die Gattin mit ihrem Vermögen in den Concurs, so bleiben die Ehepacte unverändert.

Verfällt die Gattin bei ihren Lebzeiten in Concurs, oder wird ein solcher im Falle ihres Ablebens über ihren Nachlaß eröffnet, so hat dieß ebenfalls wieder auf die Ehepacte keinen andern Einfluß, als welchen die Concurseröffnung überhaupt auf die Geltendmachung der Rechte der Gläubiger des Gemeinschuldners äußert. Die Concursmasse kann also keine mehreren Rechte in Anspruch nehmen, als welche die Gattin selbst auf Grundlage der Ehepacten geltend zu machen berechtigt gewesen wäre; und auch dem Ehemanne bleibt es vorbehalten, die ihm zustehenden Forderungen bei der Concursmasse seiner Gattin gehörig anzumelden und zu liquidiren. Nur die dem Manne übertragene Verwaltung des Vermögens seiner Frau (§. 1241) hört durch den Ausbruch des Concurses auf, weil die Cridamasse unter die Verwaltung des von den Gläubigern eigens dazu gewählten Verwalters kömmt; das dem Gatten allenfalls eingeräumte Recht des Fruchtgenusses müßte aber, wie jede andere Forderung, gehörig angemeldet, liquidirt und classificirt werden.

§. 1262.

Ist zwischen den Ehegatten eine Gemeinschaft der Güter bedungen, so hört dieselbe durch den Concurs des einen oder des andern Ehegatten auf, und das zwischen ihnen gemeinschaftliche Vermögen wird, wie bei dem Tode, getheilt.

1) Die Gütergemeinschaft unter Ehegatten wird, wie der §. 1234 bestimmt, in der Regel nur auf den Todesfall verstanden, sie gibt also dem Ehegatten nur das Recht auf die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern nach Ableben des andern Ehegatten noch vorhanden sein wird. Im Falle eines Concurses aber, mag dieser über das Vermögen des Mannes oder der Frau ausbrechen, ist die Theilung wie bei dem Tode vorzunehmen, und nur der auf den Cridatar

entfallende Theil an dem gemeinschaftlichen Vermögen in dessen Concursmasse einzubeziehen.

2) Anders wäre es, wenn zwischen den Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft bestanden hat; denn bei dieser sind nach §. 1235 vor der Theilung alle Schulden ohne Ausnahme abzuziehen. Die Folge davon ist, daß der Ehegatte des Cridatars eben nichts aus dem gemeinschaftlichen Vermögen erlangen wird, weil ja der Cridazustand voraussetzt, daß die Passiven die Activa übersteigen; immerhin glauben wir aber, daß auch in diesem Falle der Concurs nicht zugleich über das Vermögen desjenigen Ehetheiles zu eröffnen sei, der für seine Person vielleicht gar keine Schulden gemacht hat, weil kein Grund vorhanden ist, auch den nicht verschuldeten Gatten, den Gläubigern des andern Theiles gegenüber, für einen persönlichen Schuldner zu betrachten; und weil hinsichtlich seiner nicht behauptet werden kann, daß einer der in der Concursordnung enthaltenen Fälle einer Concurs-Verhängung vorhanden sei *).

§. 1263.

Wenn Ehegatten übereinkommen, geschieden zu leben, so hängt es auch von ihrem Einverständnisse ab, welches immer zugleich zu treffen ist (§§. 103—105), ob sie ihre Ehepacte fortdauern lassen, oder auf welche Art sie dieselben abändern wollen. 2) einer freiwilligen,

Nach dem neuen Ehegesetze für Katholiken vom 8. October 1856 (Anh. II, §. 206) ist eine einverständliche Scheidung nur zum Zwecke des Eintrittes in einen Orden, oder in den geistlichen Stand gestattet, bei den übrigen Religionsgenossen kann sie jedoch auch gegenwärtig noch im Einklange mit den Bestimmungen der §§. 103—105 des b. G. B. Platz greifen, worüber die Bd. 1, S. 334 ff. d. W. gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Wäre in den Ehepacten selbst über die Fortdauer, Abänderung oder Aufhebung derselben im Falle einer Scheidung bereits Vorsorge getroffen, so müßte daran festgehalten werden, wofern nicht beide Theile einig sind, ein abweichendes Uebereinkommen zu schließen.

§. 1264.

Ist aber auf die Scheidung durch richterliches Urtheil erkannt worden, und trägt kein Theil, oder jeder Theil Schuld an der Scheidung, so kann ein oder der andere Ehe- oder 3) einer gerichtlichen Scheidung.

*) In diesem Sinne erflossen auch zwei gleichlautende Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz über einen in der allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1853, Nr. 30, mitgetheilten Rechtsfall, in welchem der Concursmasse-Vertreter des Joseph W. die Eröffnung des Concurses auch über das Vermögen der Gattin, wegen der zwischen beiden Eheleuten bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft verlangte, ungeachtet die Gattin für ihre Person gar nicht verschuldet war.

gatte verlangen, daß die Ehepacte für aufgehoben erklärt werden, worüber von dem Gerichte stets ein Vergleich zu versuchen ist (§. 108). Ist ein Theil schuldlos, so steht demselben frei, die Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepacte, oder nach Umständen, den angemessenen Unterhalt zu verlangen.

1) Die uneinverständliche Scheidung muß, nach vorausgegangener Verhandlung, vom Gerichte ausgesprochen werden (§. 107). Bei Ehen zwischen Katholiken, dann bei Ehen zwischen einer katholischen und einer nichtkatholischen Person, wofern zur Zeit der Verehelichung wenigstens Eine von beiden katholisch war, ist die Scheidungsklage bei dem katholischen Ehegerichte anzubringen (§. 59 d. Eheges. v. 8. October 1856); wenn dagegen die Eheleute sich als nichtkatholische Christen geehelicht hatten, und erst später ein Theil zur katholischen Kirche übergetreten ist, hat jeder Theil sich an dasjenige Ehegericht zu wenden, welchem er in Folge seines Religionsbekenntnisses untersteht (§. 66 ebd.); wenn endlich bei einer ursprünglich zwischen Katholiken abgeschlossenen Ehe beide Theile, oder wenn bei einer ursprünglich gemischten Ehe der katholische Ehegatte zur akatholischen Religion übergetreten, so scheint das für Akatholiken überhaupt competente Gericht zuständig zu sein *). Aeußern sich nun in einem solchen Falle Streitigkeiten über die Absonderung des Vermögens, so hat das katholische Ehegericht, das über die Scheidung erkannte, die Parteien an das weltliche Gericht zu verweisen (§. 244 der Instr. zum Eheges.); doch bleibt es diesen unbenommen, zu verlangen, daß ihre Angelegenheit von dem Ehegerichte durch schiedsrichterlichen Ausspruch entschieden werde. In diesem Falle haben sie über den Vergleich, durch welchen sie sich zu dem gedachten Ansuchen geeiniget haben, eine Urkunde vorzulegen, da nach §. 270 der allg., §. 359 der galiz. und §. 349 der ital. G. O. der Schiedsrichtervertrag überhaupt nur schriftlich eingegangen werden kann **). Minderjährige bedürfen hierzu der Einwilligung ihres Vaters oder Vormundes und der Vormundschaftsbehörde. Uebrigens sind bei Fällung des Ausspruches die österreichischen Gesetze zur Richtschnur zu nehmen (§§. 64 u. 244 der o. a. Instr.). Diese weisen nun den Richter an, stets einen Vergleichsversuch vorzunehmen, und erst wenn dieser zu keinem Resultate führen sollte, das ordentliche Verfahren einzuleiten, und nach den hier unten zu erörternden Vorschriften zu erkennen (§. 108 des a. b. G. B. und §. 63 des Eheges.).

2) In jedem Scheidungserkenntnisse ist auszudrücken, ob jeder Theil, oder keiner von beiden, oder ob der Eine oder der Andere an der Scheidung Schuld trage (§. 12 des Ges. v. 23. August 1819, §. 666 der ungar. G. O. und §. 61 des Eheges.), weil davon eben in Beziehung auf die

---

*) Das Eherecht der Katholiken im Kaiserthume Oesterreich nach den Bestimmungen des k. Pat. v. 8. October 1856 und den beiden Anhängen zu demselben übersichtlich dargestellt (Wien 1857), S. 123.

**) Nach §. 377 der ungar. und siebenb. C. P. O. kann das Compromiß auch mündlich vor Gericht abgeschlossen werden.

Vermögensansprüche der geschiedenen Ehegatten wichtige Rechte abhängen. Deßhalb bestimmt auch der §. 69 des Ehegesetzes für den Fall, daß bei einer gemischten Ehe das geistliche Ehegericht *) des einen Theiles über die Scheidung erkannte, und dabei den andern Ehegatten als schuldtragend an derselben bezeichnete, auf dessen Ansuchen über die Thatsache der Schuld, insoweit darauf Vermögensansprüche gegründet werden, der ordentliche (weltliche) Richter zu erkennen habe.

3) Trägt nun kein Theil (z. B. bei einer unverschuldeten Krankheit) oder jeder Theil (z. B. bei gegenseitigen fortgesetzten Mißhandlungen) an der Scheidung Schuld, so ist kein Grund vorhanden, Einem oder dem andern Ehegatten einen Vorzug zuzugestehen; es kann daher Jeder von ihnen verlangen, daß die Ehepacten für aufgehoben erklärt werden. Dieses Verlangen müßte im Wege einer Klage gestellt werden, und der Richter hat nach fruchtlos vorgenommenem Vergleichsversuche (s. oben) die Aufhebung auszusprechen **).

4) Fällt nur einem Theile ein Verschulden zur Last, so soll diesem daraus kein Vortheil erwachsen; das Gesetz räumt daher nur dem schuldlosen Theile das Recht ein, die Aufhebung der Ehepacten zu verlangen. Findet er dieß nicht in seinem Interesse, sondern erachtet die Fortsetzung derselben für günstiger, so braucht er nicht insbesondere darum einzuschreiten, da der Richter ohnehin von Amtswegen nicht vorgehen kann, dem (schuldigen) Gegentheile aber kein Recht zusteht, deren Aufhebung zu begehren, daher sie von selbst aufrecht verbleiben. Wünscht er aber die Aufhebung herbeigeführt zu sehen, so muß auch hier wieder eine Klage eingebracht, darüber ein Vergleichsversuch vorgenommen ***) (Analogie aus §§. 108 und 117) und endlich durch Urtheil erkannt werden. — Schwierig ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der schuldlose Theil den ihm am Schlusse des §. 1264 auch noch „nach Umständen" zugesprochenen Unterhalt verlangen könne? Wir glauben Behufs einer richtigen Entscheidung derselben auf nachstehende Grundsätze hinweisen zu sollen: Die Gattin hat nach §. 91 von ihrem Manne die Verabreichung des anständigen Unterhaltes anzusprechen, ohne Unterschied, ob sie eigenes Vermögen besitzt oder nicht. — Dem Manne kann dagegen ein solcher Anspruch nur dann zugestanden werden, wenn ihm der anständige Unterhalt mangelt (vgl. Bd. 1, S. 298 u. 302 d. W.). — Der Unterhalt kann nur einmal, nicht in doppeltem Betrage gefordert werden (Analogie aus den §§. 1243 und

---

*) Das katholische, oder in Ungarn und Siebenbürgen auch das akatholische Ehegericht.

**) Scheidlein (a. a. O. S. 92) meint zwar, daß der Richter nach Beschaffenheit der Umstände die Ehepacten auch für nicht aufgehoben erklären könne, da der §. 1264 nicht sagt, daß die Ehepacten aufgehoben werden müssen; — allein es scheint uns bei dieser Auslegung des Gesetzes dem Richter ein zu großer Spielraum eröffnet zu sein, zumal das Gesetz gar keine Richtschnur an die Hand gibt, nach welcher sich bei Entscheidung des Gegenstandes der Frage zu halten wäre.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 94, hält den Vergleichsversuch in diesem Falle für unzulässig.

1258). — Dieß vorausgeschickt, dürfte es nicht schwer sein, in jedem einzelnen Falle zu entscheiden, welcher Anspruch dem schuldlosen Theile zustehe, wenn man dabei noch in Betrachtung zieht, ob demselben aus der gewählten Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepacten ein solcher Vortheil zukömmt, daß er dadurch ohnehin in den Genuß des anständigen Unterhaltes gelangt *).

5) Forscht man nun nach den Folgen der etwa gewählten Aufhebung der Ehepacte, so dürfte zu unterscheiden sein, ob dieselben erst nach dem Tode eines oder des andern Ehegatten zur Wirkung gelangen sollen, oder ob sie eine solche schon unter Lebenden geäußert haben. Bezüglich der Ersteren tritt die Folge ein, daß der eventuelle Anspruch für den Todesfall erlischt, und was etwa zur Sicherstellung desselben vorgekehrt wurde, beseitigt werden kann; bezüglich der letzteren aber kömmt alles wieder in den vorigen Zustand zu versetzen, oder, sofern dieß nicht möglich ist, Ersatz zu leisten. Demnach muß das Heirathsgut der Gattin herausgegeben werden; von der Widerlage erhält es sein Abkommen; die Morgengabe, wenn sie noch nicht geleistet wurde, kann nicht weiter gefordert werden; die Verwaltung und Nutznießung des gegentheiligen Vermögens hört auf; der Anspruch auf den Witwengehalt erlischt gleich jenem auf eine bloß zugesicherte Schenkung; das wechselseitige Testament wird als widerrufen angesehen **); der Erbvertrag und die Fruchtnießung auf den Todesfall verlieren ihre Wirkung; die Gütergemeinschaft endlich wird in der Art aufgelöst, daß die derselben unterzogenen Gegenstände je an ihren Eigenthümer zurückfallen, und wenn sie auf eine untrennbare Weise mit einander vermengt worden wären, nach den Grundsätzen des §. 839 getheilt werden. Nur schon erfüllte Schenkungen (worunter auch die bereits überreichte Morgengabe gehört) können nicht wieder rückgängig gemacht werden, weil sie eben durch die Erfüllung aufgehört haben, einen Gegenstand der Ehepacte zu bilden ***).

---

*) Gebührt z. B. dem Manne die Fruchtnießung des Heirathsgutes und hat er die Fortsetzung der Ehepacten gewählt, so kann er den Unterhalt nicht nebstbei ansprechen, wenn der Fruchtgenuß hinreicht, seine Bedürfnisse zu decken. Hätte dagegen die Gattin in gleichem Falle sich für die Aufhebung der Ehepacten entschieden, so würde sie unseres Erachtens den anständigen Unterhalt dennoch zu verlangen berechtigt sein, wenn sie gleich in Folge jener Aufhebung in den Genuß ihres Heirathsgutes käme.

**) Scheidlein (a. a. O. S. 97) meint, auf wechselseitige Testamente habe die Aufhebung der Ehepacte keinen Einfluß, weil sie ohnehin widerrufen werden können, und weil, wenn sie nicht widerrufen worden sind, der schuldlose Theil zu erkennen gibt, daß er den schuldigen doch betreuen wolle. Dieser Schluß scheint uns aber nicht bündig zu sein; wir glauben vielmehr, daß der Gatte eben dadurch, daß er die Aufhebung der Ehepacte verlangt, seinen Willen genugsam zu erkennen gibt, dem schuldigen Gegentheile keinen Vortheil zuzuwenden, so daß es keines ausdrücklichen Widerrufes bedarf.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 97.

§. 1265.

Wird eine Ehe für ungiltig erklärt, so zerfallen auch die Ehepacte; das Vermögen kommt, in so fern es vorhanden ist, in den vorigen Stand zurück. Der schuldtragende Theil hat aber dem schuldlosen Theile Entschädigung zu leisten (§. 102). 2) Nichtigerklärung.

1) Die Ehepacte setzen, wie wir schon öfter erwähnt haben, zu ihrer Wirksamkeit eine giltige Ehe voraus; wird daher eine bestandene Scheinehe in der Folge für ungiltig erklärt, so ist es so anzusehen, als ob sie niemals abgeschlossen worden wäre; das Vermögen muß daher, so weit es möglich ist, in denjenigen Zustand zurückkommen, in welchem es sich vor Eingehung der Ehepacte befunden hat; diese zerfallen — wie sich das Gesetz ausdrückt —; es kann also nicht nur keine weitere Leistung auf Grundlage derselben gefordert werden, sondern auch das bereits Geleistete käme auf Verlangen zurückzustellen. Hier kann es nun leicht geschehen, daß diese Zurückstellung gar nicht, oder nicht im vollen Maße erfolgen kann, weil die betreffende Sache bereits verzehrt, oder wenigstens abgenützt, in ihrem Werthe verringert worden ist; und es entsteht nun die Frage, ob in einem solchen Falle Schadenersatz dafür zu leisten sei? Wir glauben dießfalls bemerken zu müssen, daß unzweifelhaft jener Schade vergütet werden müsse, welcher durch Handlungen herbeigeführt wurde, zu denen der Scheinehegatte, auch unter der Voraussetzung einer giltigen Ehe, nicht berechtigt gewesen wäre, wie wenn z. B. der Mann das nicht in sein Eigenthum übergegangene Heirathsgut eigenmächtig veräußert hätte. Abgesehen aber von diesem Falle kann nur der schuldlose Theil von dem schuldigen Ersatz fordern. Wäre demnach der Schade von dem schuldlosen Theile, durch Handlungen, wozu er als putativer Ehegatte berechtigt war, herbeigeführt worden, so hätte er keine Entschädigung dafür zu leisten. Trifft beide Theile ein Verschulden, so hat keiner Anspruch auf Ersatz.

2) Die Frage, ob eine vermeintliche Ehegattin, welche ihrem vermeintlichen Gatten stillschweigend die Verwaltung ihres Vermögens überlassen hat, auf Rechnungslegung dringen könne, beantwortet Nippel (in seinen Erläut. Bd. 7, S. 690) wie uns scheint ganz richtig dahin, daß eine solche Rechnungslegung nicht gefordert werden könne, wenn dem Gatten das Dasein des Ehehindernisses unbekannt war, weil ihm in diesem Falle die Verfügung des §. 1458 zu Statten kömmt, oder wenn beide Theile darum gewußt haben, weil dann die Gattin den Schutz des Gesetzes, das sie selbst übertreten hat, nicht verdient, — daß aber das Verlangen auf Rechnungslegung allerdings gestellt werden könne, wenn der vermeintliche Gatte um das der Ehe entgegenstehende Hinderniß wußte, die Gattin aber nicht, da die Befreiung von dieser Schuldigkeit nur dem wirklichen, nicht aber dem vermeintlichen Ehemanne zukömmt, der sich hier auf keine schuldlose Unwissenheit berufen kann.

3) Auch im Falle der Ungiltigerklärung einer Ehe durch das katholische Ehegericht können die Parteien (nach Inhalt des §. 64 des Ges.

v. 8. October 1856) dasselbe hinsichtlich der Entschädigungsansprüche und aller das Vermögen betreffenden Streitigkeiten zum Schiedsgerichte wählen, wobei die oben (S. 468) angeführten Vorschriften gleichmäßig zur Anwendung zu kommen haben.

§. 1266.

3) Trennung der Ehe.

Wird die Trennung der Ehe (§§. 115 und 133) auf Verlangen beider Ehegatten, ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen, verwilliget, so sind die Ehepacte, so weit darüber kein Vergleich getroffen wird (§. 117), für beide Theile erloschen. Wird auf die Trennung der Ehe durch Urtheil erkannt, so gebühret dem schuldlosen Ehegatten nicht nur volle Genugthuung, sondern von dem Zeitpunkte der erkannten Trennung alles dasjenige, was ihm in den Ehepacten auf den Fall des Ueberlebens bedungen worden ist. Das Vermögen, worüber eine Gütergemeinschaft bestanden hat, wird wie bei dem Tode getheilt, und das Recht aus einem Erbvertrage bleibt dem Schuldlosen auf den Todesfall vorbehalten. Die gesetzliche Erbfolge (§§. 757—759) kann ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte nicht ansprechen.

1) Die Trennung der Ehe findet gegenwärtig nicht nur bei nichtkatholischen christlichen Religionsverwandten und bei Israeliten, sondern auch bei Katholiken statt, und zwar bei letzteren in drei Fällen, auf welche wir schon Bd. 1, S. 348 d. W. hingedeutet haben, und die nunmehr in den §§. 21 und 23 des Anh. II zum Ehegeſ. v. 8. October 1856 ausgesprochen sind. Für den ersten dieser Fälle, wenn nämlich die Ehe dadurch getrennt wird, daß der Eine Gatte vor Vollziehung derselben die feierlichen Gelübde ablegt, enthält der §. 58 des o. a. Pat. die ausdrückliche Bestimmung, daß die Ehepacte, in soweit darüber kein Vergleich getroffen wird, für beide Theile erlöschen *). Dieß dürfte wohl auch in den beiden andern Fällen gelten, wenn die Trennung einer nicht consumirten Ehe auf Grund einer päpstlichen Nachsichtserklärung eintritt, und wenn bei einer zwischen Ungläubigen geschlossenen Ehe Ein Theil sich bekehrt, und der andere ungläubig verbleibende, ungeachtet der an ihn ergangenen Aufforderung, sich durchaus weigert, mit demselben zusammen zu leben, oder mit ihm nicht ohne Beschimpfung des Christenthums zusammenleben will. Da das Gesetz hier keine ausdrückliche Verfügung enthält, müssen wir zur Analogie unsre Zuflucht nehmen, und diese verweist uns auf die im Einverständnisse beider Gatten vorzunehmende Ehetrennung, da man

*) Das Gesetz verfügt noch außerdem, daß dem andern Ehegatten bis zu seiner allfälligen Wiederverehelichung das Recht auf den anständigen Unterhalt verbleibe.

nicht sagen kann, daß letztere in einem oder dem andern der oben angeführten Fälle durch das Verschulden eines Theiles herbeigeführt werde.

2) Bei der Trennung der Ehen von akatholischen christlichen Religionsverwandten oder von Israeliten unterscheidet das Gesetz, ob dieselbe im gegenseitigen Einverständnisse (§§. 115 u. 133) vorgenommen, oder ob sie von Einem der Ehegatten auf Grundlage einer vom Gesetze anerkannten Trennungsursache erwirkt wird. Im ersten Falle ist wie bei der einverständlichen Scheidung kein Grund vorhanden, den einen oder den andern Theil zu bevorzugen; die Ehepacten erlöschen also für beide Theile, wofern der nach §. 117 jedenfalls vorzunehmende Vergleichsversuch zu keinem Resultate geführt hat. Demnach sind zwar die aus den Ehepacten bereits bezogenen Vortheile nicht zurückzuerstatten, — weil die Erlöschung erst vom Zeitpunkte ihres Eintrittes wirkt, — es kann aber fürderhin auf Grundlage derselben nichts gefordert werden. Das Heirathsgut kömmt also zurückzustellen und die verwilligte Fruchtnießung oder Verwaltung nimmt ihr Ende; von der Widerlage, der Morgengabe und andern Schenkungen, wenn sie noch nicht entrichtet worden, dem Witwengehalte, Erbvertrage und Advitalitätsrechte erhält es sein Abkommen, die etwa bestellte Sicherheit ist aufzulassen, und das in Folge der Gütergemeinschaft vereinigte Vermögen wird auf die oben (S. 470) angedeutete Weise gesondert; die gemeinschaftlichen letzten Willenserklärungen aber sind als widerrufen anzusehen.

3) Wird auf die Trennung durch Urtheil erkannt, so ist weiter zu unterscheiden, ob beiden Theilen, oder nur Einem dießfalls ein Verschulden zur Last fällt. Unter der erstgedachten Voraussetzung muß nach der Analogie der unter der Z. 2 entwickten Grundsätze entschieden werden. Ist aber Ein Theil schuldlos, so soll er durch die erfolgte Trennung keinen Schaden erleiden. Es gebührt ihm also volle Genugthuung, d. h. nicht nur Ersatz des wirklich eingetretenen Schadens, sondern auch eine angemessene Vergütung für den entgangenen Gewinn (§. 1323). Was die Ehepacten anbelangt, so kann der schuldige Theil keine Forderung auf Grundlage derselben stellen, wohl aber der schuldlose Gatte, welcher berechtigt erscheint, von dem Zeitpunkte des rechtskräftig gewordenen Trennungserkenntnisses Alles anzusprechen, was ihm auf den Fall des Ueberlebens gebührt. Die schuldlose Gattin kann also die Herausgabe des Heirathsgutes, und die Zahlung der Widerlage und des Witwengehaltes verlangen, die Verwaltung und Fruchtnießung ihres Vermögens aber an sich nehmen. Der Anspruch aus einem Erbvertrage und das Advitalitätsrecht *) bleiben ihr dagegen auf den Fall des Ueberlebens vorbehalten, da sie sich auf den Nachlaß beziehen, der erst im Momente des Todes vorhanden ist. War der Ehemann der schuldlose Theil, so kann er das Heirathsgut, wenn es

*) Diejenigen Schriftsteller, welche der Ansicht sind, daß auch die Fruchtnießung einer einzelnen Sache durch den Advitalitätsvertrag eingeräumt werden könne, müssen natürlich die weitere Behauptung aufstellen, daß in einem solchen Falle dieser Fruchtgenuß sogleich zu gestatten sei. S. dagegen oben S. 459 d. W.

auf Ueberleben bedungen war, behalten und die Fruchtnießung des weiblichen Vermögens fortsetzen, gleichwie ihm ebenfalls der eventuelle Anspruch aus einem Erb- oder Advitalitätsvertrage gewahrt bleibt. — Das der Gütergemeinschaft unterzogene Vermögen wird endlich wie bei dem Tode getheilt.

4) Wenn von zwei Personen, welche sich als nichtkatholische Christen geehelicht haben, die Eine in die katholische Kirche eintritt, so kann der nichtkatholisch gebliebene Theil noch immer nach den Vorschriften des Ehegesetzes, dem er unterworfen ist, die Trennung des Ehebandes bei seinem Ehegerichte verlangen (§. 66 d. Ehegeſ. v. 8. October 1856, und §. 116 des b. G. B.), diese hat aber für den katholisch gewordenen Theil in Betreff der ehelichen Lebensgemeinschaft nur die Wirkung der lebenslänglichen Scheidung von Tisch und Bett (§. 67 d. Ehegeſ.). Hat dagegen der katholisch gewordene Theil bei seinem Ehegerichte die Scheidung erwirkt, so kömmt zu unterscheiden, ob dieselbe auf lebenslang oder nur auf unbestimmte Zeit ausgesprochen wurde. Im ersten Falle kann der akatholische Theil auf Grund jenes Scheidungserkenntnisses sofort bei seinem Ehegerichte um Trennung des Ehebandes nachsuchen (§. 68 des Ehegeſ.); im letzten Falle kann dieß erst dann geschehen, wenn nach Ablauf von mehr als drei Jahren noch keine Aussicht vorhanden ist, daß der katholische Ehegatte in die Wiedervereinigung einwilligen werde (§. 71 ebd.). Hinsichtlich des Erkenntnisses über die Thatsache der Schuld gilt hier (nach §. 69 des Ehegeſ.) das Nämliche, was oben (S. 469) in Ansehung der Scheidung gemischter Ehen bemerkt wurde. Ueber die Ordnung der Vermögensverhältnisse muß jedenfalls ein Vergleich versucht werden (§. 70 d. Ehegeſ. und §. 117 des b. G. B.); kömmt aber ein solcher nicht zu Stande, und ist der nichtkatholische Gatte an der Trennung schuldlos, so gebühren ihm (nach §. 70 des Ehegeſ.) alle Ansprüche, welche der §. 1266 dem schuldlosen Ehegatten zuweist (s. oben S. 473). Hat dagegen der nichtkatholische Theil zu der von Seite des katholischen Theiles erwirkten Scheidung durch eine Handlung Anlaß gegeben, welche den letzteren, wofern er nicht in die katholische Kirche eingetreten wäre, zur Klage auf Trennung oder auf Scheidung berechtigt hätten, so sind nach erfolgter Trennung die Vermögensverhältnisse so zu ordnen, als trüge der nichtkatholische Theil an der Trennung Schuld. — Im entgegengesetzten Falle sind die Ehepacte für beide Theile als erloschen anzusehen, und nur wenn Umstände obwalten, welche die Weigerung, sich wieder zu verehelichen, rechtfertigen, und der katholische Theil kein zu seinem anständigen Unterhalte ausreichendes Vermögen besitzt, hat der nichtkatholische Theil demselben nach Maßgabe seines Vermögens einen jährlichen Beitrag zu entrichten, welchen der ordentliche Richter nach billigem Ermessen festzusetzen berufen ist (§. 71 des Ehegeſ.).

5) Daß ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte die gesetzliche Erbfolge nach den §§. 755—759 des b. G. B. nicht ansprechen könne, folgt schon aus dem Begriffe des Ehetrennung, ist aber noch insbesondere im Schlußsatze des §. 1266 und im §. 70 des Ehegeſ. ausgesprochen.

Neunundzwanzigstes Hauptstück.

Von den Glücksverträgen.

§. 1267.

Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vortheiles versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag. Er gehört, je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht, zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen. Glücksverträge.

Das characteristische Merkmal der Glücksverträge ist darin gelegen, daß dadurch der von der Gestaltung eines ungewissen Umstandes abhängige Gewinn oder Verlust unmittelbar beabsichtigt wird; sie heißen auch Waggeschäfte, weil dasjenige, was für den ungewissen Erfolg zu leisten kömmt, dabei gewagt wird *).

§. 1268.

Bei Glücksverträgen findet das Rechtsmittel wegen Verkürzung über die Hälfte des Werthes nicht Statt.

1) Wenn ein Glücksvertrag unentgeltlich abgeschlossen wird, so kann von der Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte nach §. 934 ohnehin keine Rede sein; aber selbst bei entgeltlichen Verträgen dieser Art ist das gedachte Rechtsmittel nicht anwendbar, da sich der eigentliche Werth der Hoffnung des dabei beabsichtigten ungewissen Erfolges (vgl. §. 935) nicht ziffermäßig ermitteln läßt; damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein Glücksvertrag wegen Irrthum oder Betrug (§§. 871 u. ff.) aufgehoben werden könne.

2) Die Gewährleistung, als die zweite den entgeltlichen Geschäften eigenthümliche Bestimmung, findet bei den gewagten Verträgen zwar nicht in der Art statt, daß für den Erfolg des ungewissen Ereignisses eingestanden wird; wohl aber würde sie als begründet erscheinen, wenn die Sache, die dem Paciscenten für den Fall, als sich das Glück für ihn entscheiden sollte, in Aussicht gestellt wird (z. B. die ausgespielte Sache), entwährt wird oder mit wesentlichen Mängeln behaftet ist (§. 923), und ebenso, wenn dasjenige, was für die Hoffnung des ungewissen Vortheiles als Entgelt geleistet wird (z. B. die Einlage für das angekaufte Loos) nicht so beschaffen ist, wie es der Natur der Sache oder der getroffenen Verabredung gemäß beschaffen sein sollte.

---

*) Nach Puchta (a. a. O. §. 258) sind die Glücksverträge nicht als eine besondere Art von Verträgen zu betrachten, sondern vielmehr als Modificationen anderer Verträge, wie des Kaufes, Darlehens, der Stipulation u. s. w.

§. 1269.

Arten der Glücksverträge.

Glücksverträge sind: die Wette, das Spiel und das Loos, alle über gehoffte Rechte, oder über künftige noch unbestimmte Sachen errichtete Kauf- und andere Verträge, ferner, die Leibrenten, die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten, endlich die Versicherungs- und Bodmereiverträge.

§. 1270.

1) die Wette;

Wenn über ein beiden Theilen noch unbekanntes Ereigniß ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird, so entsteht eine Wette. Hatte der gewinnende Theil von dem Ausgange Gewißheit, und verheimlichte er sie dem anderen Theile, so macht er sich einer Arglist schuldig, und die Wette ist ungiltig. Der verlierende Theil aber, dem der Ausgang vorher bekannt war, ist als ein Geschenkgeber anzusehen.

§. 1271.

Redliche und sonst erlaubte Wetten sind in so weit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen, sondern wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden.

1) Die Wette (sponsio) ist ein Vertrag, in welchem zwei oder mehrere Personen über ein ihnen unbekanntes Ereigniß widersprechende Behauptungen aufstellen, und demjenigen einen bestimmten Vortheil (den Wettpreis) zusichern, dessen Behauptung sich als die richtige darstellt *). Das Ereigniß, um das es sich hierbei handelt, kann ein rein zufälliges (z. B.

---

*) Dr. J. A. Menzel (Einige Worte über die Wette nach den Bestimmungen des a. b. G. B. im Jurist. Bd. 4, S. 90) behauptet, bei jeder Wette werden zwei Verträge zugleich abgeschlossen; und zwar die eigentliche Wette, als Glücksvertrag, dessen Object die Hoffnung eines ungewissen Vortheils ist, und neben ihr noch ein anderer Vertrag, als dessen Gegenstand der Wettpreis sich darstellt; der erste Vertrag sei ein zweiseitig verbindlicher, und werde unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen, als welche die Erlangung der Gewißheit über die Beschaffenheit des von den Wettenden in Frage gestellten Ereignisses angesehen werden muß, der zweite Vertrag sei ein einseitig verbindlicher und werde unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, welche darin besteht, daß der Erfolg der Behauptung eines der Compaciscenten entspricht; dieser zweite Vertrag erlange erst dann unbedingte Wirksamkeit, wenn der erste dieselbe verliert. — Wir halten diese, wie uns scheint, etwas gekünstelte Auffassung nicht für nothwendig, um die Bestimmungen des Gesetzes über die Wette zu begründen.

wenn gewettet wird, daß es an einem bestimmten Tage regnen werde) oder ein von der Einwirkung der Parteien abhängiges sein (wenn z. B. bei einem Pferderennen von den Mitreitenden selbst gewettet wird), nur darf es nicht lediglich in der Willkür Eines der Wettenden liegen, weil es dann kein ungewisses wäre *). Eben so gleichgiltig ist es, ob das Ereigniß ein vergangenes, gegenwärtiges oder zukünftiges ist, so kann z. B. über den Jahrestag einer vielleicht schon vor Jahrhunderten geschlagenen Schlacht, oder über die Höhe eines in einem Orte befindlichen Thurmes, oder über den Ausgang eines erst ausgebrochenen Krieges gewettet werden; die Ungewißheit des Ereignisses bezieht sich nur auf die Ueberzeugung der Paciscenten, in Folge deren erst ausgemittelt werden muß, wem von ihnen der bedungene Vortheil zukommen soll. Hierdurch unterscheidet sich die Wette von anderen unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossenen Verträgen, bei welchen immer nur Ein Theil das ihm für den Fall des Eintrittes der Bedingung Versprochene erwerben kann, während hier jeder Compaciscent die Hoffnung hat, den Wettpreis zu erringen. Die Wette wird demnach ungiltig, wenn der gewinnende Theil, dessen Behauptung mit der Wahrheit übereinstimmt, von dem Ausgange Gewißheit hatte, und diesen Umstand dem Gegentheile verheimlichte, weil er denselben in diesem Falle irre führte, und sich somit einer Arglist schuldig machte. War dagegen dem verlierenden Theile der Ausgang der Wette vorher bekannt, so muß bei ihm der animus donandi angenommen werden, und die Wette ist demnach als eine verkleidete Schenkung (§. 916) zu betrachten. Hätte der Gewinnende die Gewißheit seiner Ueberzeugung nicht verheimlicht, so würde der Gegentheil, der nur aus Starrsinn oder Zweifelsucht auf seiner Behauptung beharrte, sich den ihn treffenden Verlust nur selbst zuzuschreiben haben, und die Wette scheint giltig zu sein, da hier dem Gewinner keine Arglist zur Last fällt. Der von Nippel (Erläut. Bd. 8, I. Abth. S. 7) noch weiter vorausgesetzte Fall, daß der Ausgang der Wette beiden Theilen in vorhinein bekannt war, dürfte wohl nicht leicht eintreten, würde aber, wie uns scheint, als dem Wesen der Wette widersprechend, diese jedenfalls ungiltig machen.

2) Der für die Wette festgesetzte Preis kann in Gelde oder andern Sachen bestehen, und muß nicht nothwendig für beide Theile gleich sein; ja es geschieht häufig, daß derjenige, dessen Behauptung einen höheren Grad von Wahrscheinlichkeit für sich hat, auch eine größere Einlage macht; dagegen würde keine Wette zu Stande kommen, wenn nur von Einer Seite ein Wettpreis zugesichert wird, sondern es wäre in diesem Falle ein anderer, unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossener Vertrag vorhanden **).

---

*) Aus diesem Grunde würde A über den in seiner bloßen Willkür stehenden Umstand, daß er jetzt einen Brief schreiben werde, mit Niemanden wetten können. (Menzel, a. a. O. S. 93).

**) Nicht zu verwechseln hiermit ist der Fall, wenn zwar jede Partei einen bestimmten Wettpreis zusichert, aber nur Eine denselben hinterlegt (s. unten Z. 4). Allerdings wird dadurch eine Ungleichheit unter den Parteien herbeigeführt, weil zwar der hinterlegte, nicht aber auch der bloß versprochene

3) Der Wettpreis wird demjenigen zu Theil, dessen Behauptung, wie das Gesetz sich ausdrückt, der Erfolg entspricht, wobei, da eben auch über vergangene oder gegenwärtige Ereignisse gewettet werden kann, unter Erfolg nur die Uebereinstimmung mit der Wirklichkeit zu verstehen ist. Damit jedoch ein Anspruch auf den Wettpreis begründet erscheine, muß die Wette eine redliche und erlaubte sein. Unredlich wäre sie, wenn eine oder die andere Partei sich einer Arglist schuldig gemacht, oder einen der Verabredung zuwiderlaufenden Einfluß auf die Herbeiführung oder Hintanhaltung des in Frage stehenden Ereignisses genommen hätte, wie wenn z. B. bei einem Pferderennen statt des benannten Pferdes ein anderes unterschoben würde. Als unerlaubt würde sich eine Wette darstellen, wenn dadurch eine Anregung zu etwas Unerlaubtem gegeben würde (s. Bd. 2, S. 533 d. W.), oder wenn mit einer pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung ein Vortheil verknüpft würde; wogegen die Thatsache selbst, über deren Dasein widersprechende Behauptungen aufgestellt werden, immerhin eine unerlaubte sein kann, ohne daß die Wette deßhalb zu einer unerlaubten wird, wie wenn z. B. darüber gewettet worden wäre, daß A einen Diebstahl bereits begangen habe. — Uebrigens kömmt hier noch zu bemerken, daß der Erfolg nicht nothwendiger Weise der Behauptung des einen oder des andern Theils entsprechen muß, wenn diese Behauptungen nämlich nicht einen contradictorischen, sondern nur einen conträren Gegensatz bilden; so kann z. B. A behaupten, der Thurm einer gewissen Kirche sei 100 Fuß hoch, während B behauptet, er sei 150 Fuß hoch, und bei genauer Messung sich herausstellt, daß er 120 Fuß hoch ist, daß also keine der beiden Behauptungen der Wirklichkeit entsprach.

4) Selbst bei redlichen und erlaubten Wetten hat aber das Gesetz dem Sieger ein Klagerecht auf die Auszahlung des versprochenen Preises versagt, weil es keine Ursache hat, diese den nützlichen Verkehr nicht fördernden Verträge in Schutz zu nehmen, vielmehr veranlaßt ist, dem Leichtsinne und der Unbesonnenheit, die sich darin bethätiget, möglichst entgegen zu treten *). Eine Ausnahme findet dann statt, wenn der bedungene Preis nicht bloß versprochen, sondern wirklich hinterlegt wurde, da hier (wie bei der Ausstellung einer schriftlichen Urkunde über eine Schenkung) schon eine reiflichere Ueberlegung vorausgesetzt wird. In einem solchen Falle könnte der Gewinnende allerdings mit einer Klage gegen den Verwahrer auf Herausgabe des gewonnenen Preises auftreten **), ja diese scheint ihm sogar auch gegen

---

Wettpreis gerichtlich gefordert werden kann; allein derjenige Paciscent, der es unterließ, auf die Hinterlegung des Preises von Seite des Gegentheils zu dringen, hat sich die Folgen seines Versäumnisses nur selbst zuzuschreiben, und er erlangt immerhin ein Entgelt für seine Leistung, nämlich die zwar nicht klagbare, aber doch zu Recht bestehende Verpflichtung (die naturalis obligatio) des Gegners, im Falle des Verlustes den versprochenen Preis zu leisten. (Vgl. den in Nr. 141 u. 142 der allg. öst. Ger.-Ztg. v. J. 1853 dargestellten Rechtsfall.)

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 668. — Auf ähnlichen Gründen beruht die Nichtklagbarkeit mündlicher Schenkungen (s. oben S. 126).

**) Der Schlußsatz des §. 1271 sagt zwar allgemein: „gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden"; es scheint sich aber diese Verfügung lediglich

den verlierenden Compaciscenten zuzustehen, wenn Letzterer den hinterlegten Wettpreis eigenmächtig wieder zurückgenommen hätte, da das Gesetz die Hinterlegung der Entrichtung in ihren Wirkungen ganz gleichstellt *). Auch macht es hierbei keinen Unterschied, ob die Hinterlegung gleich anfänglich bei Eingehung der Wette oder erst später erfolgte; auf die Hinterlegung selbst aber kann gerichtlich nicht gedrungen werden. Wäre der Wettpreis dem Gewinnenden gar schon entrichtet worden, so findet eine Zurückforderung nicht statt, da nach §. 1432 überhaupt Zahlungen einer Schuld, zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, nicht zurückgefordert werden können. Wohl aber würde, wenn der Gegentheil sich einer Arglist schuldig gemacht, oder unredlich zu Werke gegangen, sowohl der hinterlegte als der selbst schon entrichtete Betrag nach §. 1431 von dem Verlierenden zurückgefordert werden können. Bei unerlaubten Wetten (s. oben Z. 3) würde die Bestimmung des §. 1174 zur Anwendung kommen **). Entspricht der Erfolg keiner der von den Parteien aufgestellten Behauptungen, so kann natürlich jeder Theil seinen Einsatz wieder an sich nehmen.

5) Unter den Begriff der Wette fallen auch die s. g. Differenzgeschäfte, bei welchen zwar für eine bestimmte Quantität Waaren (am häufigsten Staats- und Industriepapiere) der Preis und die Zeit der Uebergabe festgesetzt werden, die Absicht der Parteien aber erweislich dahin gerichtet ist, nicht das Eigenthum dieser Gegenstände zu erwerben, sondern lediglich bei eintretender Veränderung des Preises (Courses) nach einer oder der andern Richtung (Steigen oder Fallen) den Unterschied (die Differenz) zwischen dem verabredeten und dem am bestimmten Termine wirklich stattfindenden Preise von dem Mitcontrahenten ausbezahlt zu erhalten ***). Wenngleich hier von den Paciscenten nicht ausdrücklich einander entgegenstehende Behauptungen ausgesprochen werden, so bilden sie doch die Grundlage des in Frage stehenden Geschäftes, indem die eine Partei von dem Fallen, die andere vom Steigen des Courses Vortheil erwartet †). Auf diese Geschäfte kommen demnach die oben (Z. 1—4) entwickelten Grundsätze im vollen Maße zur Anwendung. Hierbei ergibt sich aber noch eine besondere Schwierigkeit. Die Differenzgeschäfte werden nämlich häufig in die Form von Lieferungskäufen oder Prämiengeschäften eingekleidet ††), und es könnte sich demnach leicht die Ansicht herausbilden,

---

auf die Klage der Paciscenten unter einander zu beziehen, zumal sonst die Hinterlegung von gar keinem Erfolge wäre. — So heißt es auch im fr. 17, §. 5, Dig. de praesc. verb (19, 5): Si quis sponsionis causa annulos accepit, nec redidit victori, praesrciptis verbis actio in eum competit.

*) Menzel, a. a. O. S. 110.

**) Plane si inhonesta causa sponsionis fuit — fährt die o. a. Digestenstelle fort — sui annuli duntaxat repetitio erit.

***) Thöl, Handelsrecht. Göttingen. 1847. §. 102. — Sommaruga (Franz Freiherr v.), die neue Börseordnung, zunächst aus juristischem Standpunkte dargestellt und erläutert. Wien. 1855, S. 19.

†) Vgl. meinen Aufsatz über die rechtliche Natur der sog. Differenzgeschäfte in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1852. Nr. 65.

††) Thöl, a. a. O. §. 102 und §. 70.

daß alle Geschäfte dieser Art als Wetten zu betrachten seien. Was nun zuerst die Lieferungskäufe anbelangt, so gehört zum Wesen derselben, daß die Uebergabe der Waaren erst nach einer gewissen Zeit (§. 1062) erfolgen soll. Der Verkäufer ist beim Abschlusse dieser Art von Verträgen häufig noch gar nicht Eigenthümer der abzuliefernden Waare; er verkauft in der Hoffnung, sich dieselbe bis zum Eintritte des Ablieferungstermines zu einem billigeren Preise anschaffen zu können, als um welchen er sie hindangegeben hat, er speculirt auf das Sinken des Preises (Courses), während der Käufer auf ein Steigen desselben hofft, wodurch er in die Lage versetzt würde, die Waare mit Gewinn wieder zu veräußern. Solche Speculationen mögen immerhin etwas Gewagtes an sich haben, sie werden aber — wenn sie eben nicht bloß zur Bemäntelung eines eigentlichen Differenzgeschäftes eingegangen werden — keineswegs um dieses Wagnisses willen abgeschlossen, sondern der Zweck ist wirklich auf die Erwerbung und beziehungsweise Hindangabe einer bestimmten Waarenpartie gerichtet, die nur unter den gegebenen Umständen nicht anders als mit diesem Wagnisse realisirt werden kann *). Sie kommen demgemäß nach den für Kaufgeschäfte bestehenden Grundsätzen zu beurtheilen. Würde daher der eine oder der andere Theil den Vertrag nicht rechtzeitig erfüllen, so stünde es demjenigen Paciscenten, welcher seinerseits der von ihm übernommenen Verbindlichkeit nachzukommen bereit ist, bevor, den Gegner zur genauen Erfüllung des Vertrages und zur Ersatzleistung zu verhalten (§. 919) **). Die Abschließung eines bloßen Scheingeschäftes kann nicht vermuthet, sondern sie muß von demjenigen dargethan werden, der sie behauptet ***). Dieß gilt selbst dann, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend verabredet haben, daß einem oder beiden Theilen die Wahl vorbehalten sein solle, entweder auf die wirkliche Ablieferung der Waare zu dringen, oder sich mit der Entrichtung der Coursdifferenz zu begnügen, weil es, wenn der Preis gestiegen ist, dem Käufer möglich wird, unter der Daraufgabe dieser Differenz auf den von ihm zu entrichtenden Kaufschilling sich die Waare um den Marktpreis anderswoher zu verschaffen, und weil anderseits der Verkäufer, wenn auch der Preis gefallen ist, sich in der Lage befindet, seinen Vorrath ohne Schaden hindanzugeben, wiewohl er ihn bloß um den Tagespreis verkauft, da er eben die Differenz zwischen dem Tagespreise und dem bei dem Abschlusse des Geschäftes bedungenen Preise von dem

---

*) Puchta, a. a. O. §. 258.

**) A hatte mit B am 14. und 15. Jänner 1856 das Uebereinkommen getroffen, daß ihm dieser am 15. Juli n. J. 25 Stück Creditactien zum Curse von 218 fl. liefere, und belangte diesen, unter Auftragung des Haupteides über das angeführte Factum, auf Erfüllung dieses Vertrages. B wendete hiergegen ein, daß das fragliche Geschäft ein bloßes Differenzgeschäft gewesen sei, und daß mithin, da der Preis nicht erlegt wurde, ein Klagerecht nicht bestehe. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Urtheil v. 10. Juni 1857, Z. 4196, auf den gedachten Haupteid, „denn das Uebereinkommen bilde einen Kaufvertrag, und wenn dieser vom Gegner widersprochene Vertrag bewiesen wird, ist der Geklagte nach §. 919 verpflichtet, denselben zu erfüllen" (allg. öst. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 80 und Nr. 119.

***) Thöl, a. a. O. §. 70. — Pratobevera's Mat. Bd. 5, S. 378.

Käufer vergütet erhält. Die Entrichtung der Differenz trägt unter dieser Voraussetzung die Natur des Reugeldes (§. 909) oder einer Conventionalstrafe (§. 1336) an sich, vermag aber nicht den Vertrag in eine Wette zu verwandeln *).

6) Die oben entwickelten Grundsätze finden unseres Erachtens auch auf die s. g. Prämiengeschäfte ihre volle Anwendung, da sie im Grunde nichts anderes, als modificirte Lieferungskäufe sind, bei denen einer oder andern Partei ein gewisses Wahlrecht eingeräumt wird, wofür sie in der Prämie die Vergütung leistet. Die gewöhnlichsten Arten dieser, vorzüglich bei dem Handel mit Staats- und Industriepapieren vorkommenden Geschäfte **) sind: a) das einfache Prämiengeschäft, bei welchem dem Käufer oder Verkäufer das Recht des Rücktrittes, also die Wahl zwischen der Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrages zusteht, und wobei die Prämie entweder für das Recht des Rücktrittes, oder für den gewählten Rücktritt, oder für den nicht gewählten Rücktritt zu entrichten kömmt; b) das zweischneidige Prämiengeschäft (der Schluß auf Geben und Nehmen), wenn der Prämiennehmer sich verpflichtet, nach der Wahl des Prämiengebers diesem entweder die Waare zu liefern, oder sie von ihm zu nehmen, oder ganz vom Vertrage abzustehen ***); c) das Stellgeschäft, bei welchem

---

*) Ein in dritter Hand befindlicher Wechsel wurde gegen den Acceptanten eingeklagt; die Bestätigung des Valuta-Empfanges war im Wechsel mit dem Ausdrucke „Werth an Börsedifferenz" angegeben. Hierauf stützte der Geklagte seine Einwendung gegen die Klagbarkeit des in Frage stehenden Wechsels, welche aber — wie uns scheint mit vollem Rechte — von der ersten und zweiten Instanz verworfen wurde, weil nicht jede Börsedifferenz auf einer Wette beruhe. (Rechtsfall in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1857. Nr. 108.)

**) Vgl. Thöl, a. a. O. §§. 91 u. ff. und nach ihm Sommaruga, a. a. O. S. 12 u. ff.

***) Ein solches Geschäft bildete jüngst den Gegenstand zweier, durch alle drei Instanzen gediehener Processe, die sowohl in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1855, Nr. 63 u. 64, 1856, Nr. 83, und 1857, Nr. 52, — als in Haimerl's Magazin, Bd. 15, S. 483, eine ausführliche Darstellung fanden. Levi K. hatte am 20. Februar 1852 mit Karl G. gegen Entrichtung einer Prämie von 700 fl. (wie er behauptete) unter Vermittlung des beeideten Börsensensalen Herrmann K. einen Vertrag abgeschlossen, zu Folge dessen G. sich verpflichtete, am 25. Mai 1852 zwanzig Stück Actien der Kaiser Ferdinands-Nordbahn zu dem Curse von 155 nach Levi K.'s Wahl entweder von ihm zu übernehmen oder an ihn zu liefern, wobei für den Fall, als ein Theil den Vertrag gar nicht oder nicht zur gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte oder auf die bedungene Weise erfüllen sollte, dem andern Theile die Aufhebung des Vertrages und das Recht auf Schadenersatz vorbehalten wurde. Da nun G. zur bestimmten Zeit die gedachten Actien nicht lieferte, so begehrte K. mit der Klage de praes. 17. September 1852 die wirkliche Ablieferung derselben, wurde aber in zweiter und dritter Instanz (Urtheil des obersten Gerichtshofes v. 16. Februar 1856, Z. 9105) sachfällig, weil der in Frage stehende Vertrag (nach §. 916) als eine kein Klagerecht begründende Wette (§§. 1270 u. 1271) angesehen wurde. — Mit Recht aber — wie uns scheint — tritt der Berichterstatter in Haimerl's Magazin (B. 15, S. 490) dieser Ansicht entgegen, da durchaus kein Beweis dafür geliefert worden war, daß eine Simulation statt gefunden habe, und eine solche nicht vermuthet werden kann. — Wir fügen übrigens noch bei, daß Levi K., nachdem er mit seiner Klage auf Lieferung der gedachten zwanzig Stück Nordbahn-Actien abgewiesen worden war, die Rückzahlung der von

der Prämiengeber auch berechtiget ist, nach seiner Wahl die Waare entweder zu liefern oder von dem Prämiennehmer (dem Steller) zu beziehen, wobei jedoch die Prämie in der Regel erst bei der Zahlung des Kaufpreises entrichtet, und in der Art festgesetzt wird, daß man schon beim Abschlusse des Geschäftes zwei verschiedene Kaufpreise festsetzt, einen höheren für den Fall, daß der Wähler bezieht, und einen niedrigeren für den Fall, daß er liefert, so daß die Hälfte der Differenz zwischen diesen beiden Preisen den Betrag der Prämie ausmacht; d) das Geschäft auf fest und offen, welches entweder dem Käufer das Recht gibt, einen bestimmten Theil der zu liefernden Waare nicht zu nehmen, unter der Verpflichtung, den andern Theil, den er beziehen muß, höher zu bezahlen, als der nach dem Preise jenes Theiles auf diesen berechnete Kaufpreis betragen würde, — oder wobei der Verkäufer berechtiget wird, einen Theil der zu liefernden Effecten nicht zu liefern, wogegen er aber den andern Theil, den er liefern muß, um etwas geringer liefert, als der nach dem Preise jenes Theiles auf diesen berechnete Kaufpreis betragen würde; e) das Geschäft mit Noch, bei welchem der Käufer (oder wiewohl nur selten der Verkäufer) das Recht hat, zur Lieferungszeit noch eine gewisse Quantität Waare mehr, als zunächst (fest) bedungen wurde, zu fordern (oder zu liefern); die Prämie kommt hierbei gemeiniglich nicht erkennbar vor, sondern steckt in dem für die feste Waare zu bezahlenden Kaufpreise; f) das Wandelgeschäft, in Folge dessen gewöhnlich der Käufer (manchmal auch der Verkäufer) berechtiget wird, die Lieferung vor dem eigentlich festgesetzten Lieferungstage zu begehren (oder vorzunehmen), und zwar so, daß das Recht entweder schon vom Tage des Abschlusses, oder erst von einem bestimmten andern Tage läuft, und in beiden Fällen wieder entweder bis zum eigentlichen Lieferungstage, oder bis zu einem andern früheren Termine geltend gemacht werden kann. Die Prämie ist auch hier selten erkennbar, sondern liegt meistens in einer Erhöhung des sonst niedriger festgesetzten Kaufpreises.

§. 1272.

2) das Spiel; **Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele. Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten, wie Personen,**

---

ihm gegebenen Prämie verlangte, und zum Beweise der erfolgten Uebergabe derselben sich auf zwei Zeugen berief, die dabei gegenwärtig gewesen sein sollten und den referiblen Hauptseid anbot. Der erste Richter ging auch wirklich auf den Zeugenbeweis ein, wogegen ihn das Obergericht als unentscheidend verwarf, da es sich um eine nicht klagbare Wette handle. Der oberste Gerichtshof bestätigte mit Erkenntniß vom 2. April 1856, Z. 2188, das Urtheil der ersten Instanz, „indem der Klageanspruch in quali nicht ohne Weiters und offenbar als unstatthaft erschiene.“ Das Ergebniß des Zeugenbeweises war dem Kläger nicht günstig. Die erste Instanz wies nun das Klagebegehren zurück, während die zweite Instanz auf die Rückstellung der geforderten 700 fl. erkannte, welches Urtheil auch der oberste Gerichtshof unterm 1. April 1857, Z. 2596, bestätigte. S. die Bedenken gegen die Richtigkeit auch dieses Ausspruches in Haimerl's Magazin, a. a. O. S. 489.

die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze.

1) Spiele sind eigentlich nur fortgesetzte zusammenhängende Wetten, das Gesetz hat sie daher denselben Beschränkungen unterworfen, welche in Ansehung dieser festgesetzt worden sind, und hier oben (S. 476) ihre Erörterung fanden. Wer bei einem Spiele, das hauptsächlich von der Geschicklichkeit der Spielenden abhängt (wie z. B. das Billiardspiel), ungeachtet er die Ueberlegenheit seines Gegners kennt, also des Ausganges in vorhinein gewiß ist, sich dennoch in das Spiel einläßt, und zwar um dasselbe zu lernen, oder um Jemandem gefällig zu sein, ist nach §. 1240 als ein Geschenkgeber anzusehen.

2) Die mannigfaltigen Gefahren, welche durch das Spielen hoher Spiele, insbesondere solcher, die lediglich vom Zufalle abhängen (s. g. Hazardspiele), für das Glück und den Wohlstand der Familien, so wie für die Sicherheit des Eigenthums herbeigeführt werden, sind die Veranlassung gewesen, daß die Gesetzgebung schon vorlängst gewisse Spiele im Allgemeinen, oder wenigstens für einzelne Classen von Staatsbürgern (z. B. Dienstboten, Handwerksgesellen u. dgl.) für verboten erklärte, und das Spielen derselben sogar mit angemessenen Strafen (gegenwärtig im §. 523 des St. G. B. enthalten) bedrohte *). Das in einem solchen Spiele Verlorne kann, selbst wenn es hinterlegt worden, gerichtlich nicht gefordert, und wenn es schon bezahlt wurde, zurückverlangt werden, denn ein verbotenes Spiel kann nicht Gegenstand eines giltigen Vertrages werden (§. 878); der §. 1174 scheint uns aber auf einen solchen Fall nicht anwendbar zu sein, weil man nicht sagen kann, daß das, was der Spieler verliert, zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung gegeben wurde, der eingetretene Verlust stellt sich vielmehr als eine Folge dieser Handlung dar **).

3) Ein Darlehen, welches einem Spieler zur Bezahlung einer Spielschuld gegeben wird, ist nicht selbst als eine Spielschuld anzusehen, da die Absicht, um derentwillen ein bestimmter Vertrag eingegangen wird, die Natur desselben nicht verändern kann. Wäre das Spiel ein verbotenes, so würde die Anordnung des §. 1174 darauf ebenfalls nicht zur Anwendung kommen, da auch hier (wenigstens im Allgemeinen) nicht angenommen werden kann, daß der Darleiher das Spielen des unerlaubten Spieles bewirken wollte, wenn er es gleich dadurch ermöglichte ***).

§. 1273.

Ein zwischen Privatpersonen auf eine Wette oder auf ein Spiel abzielendes Los wird nach den für Wetten und Spiele 3) Loos;

*) S. mein Handbuch der öst. Verwaltungs-Gesetzkunde. 2. Aufl. Bd. 2, S. 361, §. 440.

**) Auch nach röm. Rechte (const. 1 u. 3. Cod. de Aleat. [3, 43]) konnte das in einem unerlaubten Spiele Verlorne zurückgefordert werden.

***) Freudenreich, über Spielschulden. (Jurist. Bd. 17, S. 202).

festgesetzten Vorschriften beurtheilet. Soll aber eine Theilung, eine Wahl, oder eine Streitigkeit durch das Los entschieden werden, so treten dabei die Rechte der übrigen Verträge ein.

1) Das Los kann als Wette oder Spiel betrachtet werden, wenn demjenigen, zu dessen Gunsten es entscheidet, ein Vortheil (ein Gewinn) zugesichert wird, oder es kann zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten oder zur Entscheidung einer Wahl u. dgl. dienen. Im ersten Falle gelten die, in den §§. 1270 und 1271 enthaltenen Anordnungen. Am gewöhnlichsten ist die Ausspielung, vermöge welcher eine bestimmte Sache mehreren Personen gegen gewisse Einsätze (Loose) in der Art überlassen wird, daß derjenige, zu dessen Gunsten der Eintritt einer vom Zufalle abhängigen Thatsache (z. B. die Ziehung einer Nummer) entscheidet, das Eigenthum derselben erlangen soll. Sie besteht aus einer Reihe von Spielverträgen, die je zwischen dem Ausspielenden und den Abnehmern der Lose geschlossen werden; diese letzteren stehen unter sich in gar keiner Gemeinschaft *). Der Losabnehmer erwirbt das Recht, zu fordern, daß die Ausspielung wirklich vor sich gehe, die Zahl der abgesetzten Lose mag noch so gering sein, wenn sich der Ausspielende nicht etwa für diesen Fall das Recht des Rücktrittes vorbehalten hat. Nach vorgenommener Ziehung hat der Gewinnende das Recht, die Auslieferung des ausgespielten Gegenstandes zu verlangen. Geht die Sache vor der Ziehung zu Grunde, so müssen sämmtliche Einsätze zurückerstattet werden; erfolgt der Untergang derselben nach der Ziehung, jedoch vor der Uebergabe an den Gewinner, so soll (nach Winiwarter, Bd. 4, S. 346) diesen der Verlust treffen. Allein die Sache ist ja vor der Uebergabe noch nicht in sein Eigenthum übergegangen, §. 1311 kann also auf ihn nicht angewendet werden. Vielmehr scheint uns dem Gewinnenden sein Einsatz zurückerstattet werden zu müssen, weil sich sonst der Ausspielende mit fremdem Schaden bereichern würde **) (§§. 1447). Die übrigen Losabnehmer haben keinen Anspruch auf einen solchen Rückersatz, da die Ziehung nicht zu ihren Gunsten entschieden hat, sie daher ihre Einsätze jedenfalls verlieren. — Zufolge der Anordnung des §. 1271 können übrigens die beiderseitigen Ansprüche, des Ausspielers auf die Bezahlung des Einsatzes und des Losabnehmers auf die Ablieferung des Gewinnstes, nicht im Klagewege geltend gemacht werden, wenn keine Hinterlegung

*) Es scheint uns daher ganz unrichtig, wenn Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 326) den Ausspielvertrag als einen zwischen dem Ausspielenden und den Abnehmern der Lose bedingt abgeschlossenen Kauf ansehen will. Dieß könnte nur dann der Fall sein, wenn der Eigenthümer einer Sache sie der Gesammtheit derjenigen überläßt, welche durch gewisse Einsätze das Recht hierzu sich erwerben, so daß der Ausgang der Verlosung entscheidet, wer die Sache erhalten soll (Mittermaier, a. a. O. S. 299). — Hierzu ist aber ein vorbereitendes Geschäft nothwendig, wodurch die Gemeinschaft unter den Spielenden bewirkt wird (ebd.) — was bei der Ausspielung gewöhnlich nicht der Fall ist.

**) Nippel (Erläut. B. 8, I, S. 17) will den §. 880 angewendet wissen, allein zwischen dem Untergang der Sache und der Entziehung derselben aus dem Verkehre scheint uns denn doch ein wesentlicher Unterschied obzuwalten.

erfolgte. Bei Ausspielung von Realitäten dürfte aber die Eintragung des Ausspielungsvertrages in die öffentlichen Bücher die Stelle der Hinterlegung allerdings vertreten. Welche Ausspielungen übrigens als verboten anzusehen, oder an eine besondere Bewilligung der Behörden gebunden seien, ist in den Gefällsgesetzen enthalten *).

2) Wenn das Los zur Entscheidung einer Wahl, einer Theilung oder einer Streitigkeit (vgl. die §§. 835, 841 u. a.) angewendet wird, so kommen nicht die Grundsätze über das Spiel, sondern vielmehr diejenigen Bestimmungen zur Anwendung, welche das betreffende Geschäft selbst normiren.

§. 1274.

Staats-Lotterien sind nicht nach der Eigenschaft der Wette und des Spieles, sondern nach den jedes Mal darüber kund gemachten Planen zu beurtheilen.

1) Die Staats-Lotterien sind Finanz-Operationen, die daher nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen, sondern nach den darüber bestehenden Finanzvorschriften, oder nach dem jedesmal darüber herausgegebenen Plane zu beurtheilen kommen. In Oesterreich bestehen zweierlei Lotterien, nämlich das s. g. kleine Lotto (Lotto di Genova, Zahlenlotterie), das durch das Pat. v. 13. März 1813 (pol. G. S. Bd. 40, S. 41, — durch den Finanz-Minist.-Erl. v. 20. Juni 1853, Nr. 159 des R. G. Bl., auf Ungarn u. s. w. und Siebenbürgen ausgedehnt, und durch den Finanz-Minist.-Erl. v. 6. März 1854, Nr. 60 des R. G. Bl., in Krakau eingeführt) und im lombardisch-venet. Königreiche durch das Pat. v. 22. Juni 1817 geregelt ist, und die Lotterie-Anlehen.

2) Den letzteren sind gewissermaßen jene Privatanlehen gleich zu halten, die ebenfalls mit einer Lotterie verknüpft sind, wie z. B. das Esterhazy'sche Anlehen u. dgl. Auch diese sind nach dem besonders darüber hinausgegebenen, von der Staatsverwaltung genehmigten Plane zu beurtheilen.

3) Mit den Losen der Staats- und Privatanlehen hat sich noch ein eigenthümliches Geschäft entwickelt, das s. g. Promessen-Geschäft (Heuergeschäft), vermöge dessen der eine Contrahent sich gegen eine gewisse Vergütung (Prämie, Heuergeld) verbindlich macht, dem Andern den auf ein bestimmtes Los entfallenden Gewinn auszuzahlen **). Derlei Geschäfte

---

*) Vgl. meine Verwaltungs-Gesetzkunde, a. a. O.

**) Vgl. Sommaruga, a. a. O. S. 19. — Nach Thöl (a. a. O. §. 103) ist bei Beurtheilung der rechtlichen Natur des Promessengeschäftes zu unterscheiden, ob der Verheurer Eigenthümer des Loses ist, oder ob ihm sonst ein Recht auf den auf das Los entfallenden Gewinn zusteht, und dann ist der Heuervertrag der Verkauf eines ungewissen nomen — oder ob der Verheuerer keinen solchen Anspruch hat. Ist dieß dem Heuerer unbekannt, oder konnte er wenigstens glauben, daß der Verheuerer noch ein Recht auf den Gewinn erlangen werde, so ist dieser verpflichtet, ihm das Los auszuliefern, oder aber, wenn er dieß nicht vermag, das volle Interesse zu prästiren. — Kommt dagegen

mit Losen von Staatsanlehen sind durch das Hfkmrd. v. 19. August 1833 (pol. G. S. Bd. 61), und mit den Losen des fürstl. Esterhazy'schen Anlehens durch das Hfkmd. v. 7. Dec. 1836 (Bd. 64 ebd.) als den Vorschriften des Lottopatentes zuwiderlaufend, verboten worden, gleichwie auch die Theilnahme an solchen Geschäften im Auslande nach dem nied.-öst. Reggs.-Circ. v. 14. Mai 1840 (nied.-öst. Prov. G. S. Nr. 22) als untersagt erscheint *).

§. 1275.

4) Hoffnungskauf;

Wer für ein bestimmtes Maß von einem künftigen Erträgnisse einen verhältnißmäßigen Preis verspricht, schließt einen ordentlichen Kaufvertrag.

§. 1276.

Wer die künftigen Nutzungen einer Sache in Pausch und Bogen, oder wer die Hoffnung derselben in einem bestimmten Preise kauft, errichtet einen Glücksvertrag; er trägt die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung; es gebühren ihm aber auch alle ordentlich erzielten Nutzungen.

1) Der Kauf einer zur Zeit der Abschließung desselben noch nicht vorhandenen (einer künftigen) Sache ist nicht nothwendiger Weise ein Glücksvertrag, sondern es kommt hierbei wesentlich auf die weiteren Punkte der Verabredung an. Wird für ein bestimmtes Maß eines künftigen Erträgnisses (z. B. für 10 Eimer der nächsten Weinfechsung) ein bestimmter Preis (z. B. 10 fl. pr. Eimer) versprochen, so ist ein ordentlicher Kaufvertrag abgeschlossen; würden demnach nicht 10, sondern nur 5 Eimer gefechst, so käme auch nur der dieser Quantität entsprechende Betrag zu entrichten **). Dieß würde auch dann der Fall sein, wenn zwar das Maß des erkauften Gegenstandes unbestimmt blieb (wenn z. B. die ganze künftige Ernte, oder ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil derselben gekauft wurde), der Preis jedoch sich nach dem Maße des Erträgnisses richtet, also mit demselben steigt oder fällt (wenn z. B. versprochen wurde, für jeden Eimer der künftigen Fechsung 10 fl. zu bezahlen, und diese dem Besitzer ganz abzunehmen). Auch wenn für eine bereits vorhandene Sache, die gewöhnlich

---

nach der übereinstimmenden Meinung beider Contrahenten, das Recht des Verheuerers auf das Los gar nicht in Betrachtung, so erscheint dieser dem Heuerer gegenüber als ein Lotterie-Unternehmer, der die Ziehung des betreffenden Anlehens auch für sich gelten läßt. Das Geschäft ist dann als eine Wette anzusehen.

*) Mit Rücksicht auf den Grund dieses Verbotes meint Sommaruga (a. a. O. S. 19), daß das Promessengeschäft mit allen Arten von Privatanlehenslosen als verboten anzusehen sei.

**) Verisimile est, eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est, decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset, atque ad decem pondo olei; idcirco solis quinque collectis, non amplius emtor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent. fr. 39. §. 1. Dig. de contr. emt. (18, 1).

nach der Stückzahl, dem Maße oder Gewichte verkauft zu werden pflegt, eine s. g. Pauschalsumme (vgl. §§. 930 u. 1049) bedungen wird, ist noch ein ordentlicher Kauf vorhanden, weil man sich durch Besichtigung des Kaufgegenstandes von der Angemessenheit des Preises wenigstens annäherungsweise überzeugen kann.

2) Anders verhält es sich, wenn eine zukünftige Sache in Pausch und Bogen gekauft wird, mag dabei ausdrücklich bedungen sein, daß der Vertrag auch dann bestehen soll, wenn von den beabsichtigten Nutzungen gar nichts zur Existenz gelangt, — oder mag ein solches Uebereinkommen nicht getroffen werden *). Der eigentliche Gegenstand des Vertrages ist hier die Hoffnung des zukünftigen Erträgnisses, wie wenn die zukünftige Ernte, oder ein Fischzug, nicht nach dem Maße der wirklich erzielten Nutzung, sondern um einen absolut bestimmten Preis gekauft wird **). Der Käufer muß sich hier mit dem begnügen, was zur Existenz gelangt, wenn es auch noch so weit hinter seinen Erwartungen zurückbleibt, ja er trägt sogar die Gefahr der gänzlich vereitelten Hoffnung; dagegen hat er auch Anspruch auf alle ordentlichen Nutzungen, sie mögen wie immer ausfallen, also z. B. auch das gewöhnliche Erträgniß noch so sehr überschreiten. Die außerordentlichen, d. h. die in der Absicht der Contrahenten nicht gelegenen Nutzungen kämen ihm aber nicht zu statten, sondern darauf (wie wenn z. B. mit einem Fischzuge zugleich ein werthvolles Gefäß herausgezogen würde) müßten vielmehr die Grundsätze vom Finden zur Anwendung gebracht werden.

3) Der Hoffnungskauf ist von der Wette wesentlich verschieden; das damit verknüpfte Wagniß ist nämlich nicht der alleinige oder auch nur der Hauptzweck desselben, wie dieß bei der Wette der Fall ist; er unterliegt deßhalb auch nicht der Beschränkung des §. 1271 ***).

---

*) Nach dem galiz. G. B. (§§. 355 und 356, III. Thl.) mußte zwischen diesen beiden Verträgen unterschieden werden. Im ersten Falle wurde nämlich der Kauf durch den gänzlichen Untergang der noch nicht übergebenen Sache aufgehoben; gegenwärtig wäre dieß nur dann der Fall, wenn es ausdrücklich verabredet wurde.

**) Aliquando . . . et sine re venditio intelligitur, veluti quum quasi alea emitur; quod fit, quum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur; emtio enim contrahitur, etiamsi nihil incideret, quia spei emtio est. fr. 8. §. 1. Dig. l. c. (18, 1).

***) Im J. 1839, als der Plan verfolgt wurde, eine Eisenbahn von Monza nach Bergamo anzulegen, zahlte Thomas S. den Herren G. und H. 1575 fl. als Prämie (premio pronto e perduto) gegen dem, daß diese sich verpflichteten, ihm nach dem Erscheinen der Monza-Bergamo-Eisenbahnpromessen davon ein Nominal-Capital von 35.000 Lire al pari gegen Vergütung der allenfalls geleisteten Einzahlung und der darauf haftenden Interessen zu liefern. Nachdem 8 Jahre verstrichen waren, ohne daß die genannte Eisenbahn-Verbindung zu Stande kam, belangte S. die gedachten G. und H. auf Rückzahlung der erwähnten Summe von 1575 fl. auf Grundlage des §. 1431. Das Oberlandesgericht zu Triest betrachtete das im Mittel liegende Geschäft als ein Spiel oder als eine Wette, der oberste Gerichtshof ging dagegen nicht von dieser Ansicht aus, und der Berichterstatter über den vorliegenden Rechtsfall in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1853, Nr. 141 und 142, schließt sich der, wie uns scheint, ganz richtigen Meinung an, daß es als ein Glücksvertrag nach §. 1276 anzusehen

§. 1277.

insbesondere eines Kuxes;

Der Antheil an einem Bergwerke heißt Kux. Der Kauf eines Kuxes gehört zu den gewagten Verträgen. Der Verkäufer haftet nur für die Richtigkeit des Kuxes, und der Käufer hat sich nach den Gesetzen über den Bergbau zu benehmen.

Bergwerke können nach §. 134 des öst. Berggesetzes v. 23. Mai 1854 von einzelnen oder mehreren physischen oder juridischen Personen in Gemeinschaft besessen und betrieben werden. — Soll das Miteigenthum von Bergwerken in kleinere Antheile als zu einem Sechzehntel des Ganzen theilbar sein, so kann, falls nicht die Bewilligung von der Bergbehörde ertheilt worden ist, dieses nur durch die Errichtung einer Gewerkschaft geschehen (§. 137 ebd.). Diese ist ein Verein zum Bergbaubetriebe, in welchem jeder Theilhaber sowohl für die Beiträge zum Betriebe des Geschäftes (die Zubuße), als für alle im Namen des Vereins gegen dritte Personen übernommene Verbindlichkeiten nur mit seinem Antheile an dem gemeinschaftlichen Vermögen haftet (§. 138 ebd.). Die Antheile an dem gewerkschaftlichen Vermögen werden Kuxe genannt, und haben die rechtliche Eigenschaft beweglicher Sachen. Eine Gewerkschaft darf nicht in mehr als in 128 Kuxe, und der Kux nicht in mehr als in 100 Theile getheilt werden (§. 140 ebd.). In einer Gewerkschaft kommt, so lange sie dauert, jedem Theilhaber (Mitgewerken) nur ein Anspruch auf die Theilung des Ertrages zu. Jeder Theilhaber kann zwar seinen Antheil heimsagen, oder an Andere übertragen, es ist aber weder er, noch Einer seiner Nachfolger im Besitze desselben berechtigt, auf die Theilung des Hauptstammes des gewerkschaftlichen Vermögens, oder auf dessen Veräußerung zum Zwecke der Theilung zu dringen (§. 139 ebd.). Eine solche Auflösung der Gewerkschaft, oder die Veräußerung des Hauptstammes ihres Vermögens kann nur mit Zustimmung entweder aller, oder wenigstens der Besitzer von drei Viertheilen aller Antheile der Gewerkschaft erfolgen. Im letztern Falle ist jedoch darüber die Genehmigung der betreffenden Bergbehörde einzuholen (§. 155 ebd.). Der Ankauf eines Kuxes ist dann in so fern ein gewagtes Geschäft, als sich der Ertrag eines Bergwerkes durchaus nicht mit Gewißheit voraussehen läßt. Der Verkäufer kann deßhalb nicht für das Maß dieses Ertrag-

---

sei. Der Kläger hatte nämlich keinen andern Zweck, als sich bei Zeiten die Erwerbung einer gewissen Anzahl von Actien der projectirten Bahn von Monza nach Bergamo zu sichern; zu diesem Ende zahlte er dem G. u. H. die Prämie von 1575 fl., wogegen diese sich verpflichteten, ihm seiner Zeit Actienscheine der erwähnten Bahn, sobald dieselben erscheinen würden, im Nominalbetrage von 35.000 Lire al pari zu liefern. Nicht also das Wagniß von Gewinn und Verlust war der Hauptzweck des Vertrages, es wurde nicht ein bestimmter Preis festgesetzt, welchen derjenige gewinnen sollte, dessen Behauptung der Erfolg entspräche, es paßt daher auf das in Frage stehende Geschäft durchaus nicht der Begriff der Wette.

nisses für haftbar erklärt werden, sondern hat nur die Richtigkeit des Kuxes, d. h. den Umstand zu vertreten, daß ihm wirklich ein solcher Antheil an dem gewerkschaftlichen Vermögen zustehe.

§. 1278.

Der Käufer einer von dem Verkäufer angetretenen, oder ihm wenigstens angefallenen Erbschaft tritt nicht allein in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten des Verkäufers als Erben ein, in so weit diese nicht bloß persönlich sind. Wenn also bei dem Kaufe kein Inventarium zum Grunde gelegt wird, ist auch der Erbschaftskauf ein gewagtes Geschäft. oder einer Erbschaft;

1) Der Anfall einer Erbschaft (§. 536) begründet für den dazu Berufenen das Recht, sie anzunehmen oder auszuschlagen. Dieses Recht erscheint als ein Bestandtheil seines Vermögens, und geht daher wie andere freivererbliche Rechte auf seine Erben über (§. 537); ja der Erbe ist zugleich berechtiget, die ihm bereits angefallene, wenn gleich noch nicht von ihm angetretene Erbschaft zu veräußern (vgl. Bd. 2, S. 245 d. W.). Es macht hierbei keinen Unterschied, auf welchem Titel das Erbrecht des Veräußernden beruht (§. 533), und ob es ihm allein, oder in Concurrenz mit mehreren Miterben (§. 532) gebührt. Eine noch nicht angefallene Erbschaft ist dagegen aus den (oben S. 41 d. W.) angeführten Gründen kein Gegenstand eines giltigen Vertrages (§. 879, Z. 4). Ebensowenig kann sich der im §. 1278 normirte Vertrag auf ein Vermächtniß beziehen, wiewohl dieses nach dem Tode des Erblassers allerdings auch der Veräußerung unterworfen ist, die aber keinen Glücksvertrag bildet, weil Gegenstand des Vermächtnisses einzelne Sachen, Summen oder Rechte sind, deren Werth sich jedenfalls genau ermitteln läßt, und weil der Vermächtnißnehmer höchstens in die Lage kommen kann, einen verhältnißmäßigen Abzug erdulden zu müssen (§. 692), niemals aber aus dem Seinigen Etwas zu leisten, da er den Erblasser nicht repräsentirt (s. Bd. 2, S. 249 d. W.).

2) Auch die Veräußerung einer Erbschaft ist nicht immer ein gewagtes Geschäft. Wurde nämlich bei derselben ein Inventarium zu Grunde gelegt, so läßt sich der Werth der Erbschaft genau erheben, und das zu leistende Entgelt darnach einrichten. Es ist also der Kauf einer solchen Erbschaft als ein ordentlicher Kauf anzusehen, zumal der Veräußerer für die Richtigkeit des Inventariums haftet (§. 1283). Wurde dagegen kein Inventarium aufgenommen, so kann es allerdings geschehen, daß der Erbschaftskäufer nicht einmal die Vergütung seines Kaufpreises erlangt, oder vielleicht gar noch zu einer Leistung aus seinem eigenen Vermögen verhalten wird; das Geschäft erscheint dann allerdings als ein Glücksvertrag.

3) Die Veräußerung der Erbschaft kann unter was immer für einem Privatrechtstitel geschehen. Das Gesetz erwähnt des Kaufes insbesondere wohl nur deßhalb, weil dieser die gewöhnlichste Uebertragungsart bildet;

es könnte aber z. B. auch ein Tausch zu Grunde gelegt, oder die Erbschaft unentgeltlich übertragen werden, in welchem Falle eine Schenkung vorhanden wäre.

3) Nur die dem Veräußernden wirklich angefallene Erbschaft kann ein Gegenstand der Veräußerung sein; war also der Erbe zur Zeit des Erbanfalles (§. 545) nicht erbfähig, so ist der Vertrag ungiltig, weil es an einem Objecte desselben mangelt. Dagegen braucht der Erbschaftskäufer nicht erbfähig zu sein, denn er wird durch den Kauf nicht Erbe *); es genügt also, wenn er nur überhaupt fähig ist, einen giltigen Vertrag einzugehen.

4) Die Wirkung des Erbschaftskaufes besteht darin, daß alle dem Verkäufer als Erben zustehenden Rechte, aber auch alle demselben als solchen obliegenden Verbindlichkeiten, auf den Käufer übergehen **), so fern sie nicht bloß persönlich sind, wie z. B. das Recht zur Aufbewahrung von Familienurkunden (§. 844), oder die Pflicht zur Erfüllung eines Auftrages, die von den persönlichen Fähigkeiten des Beauftragten abhängt. Der Käufer übernimmt, wie Nippel richtig hervorhebt ***), die Erbschaft in jenem Verhältnisse, in welchem der Erbe zur Zeit der Veräußerung zu derselben gestanden ist. Hatte daher der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten, so erlangt der Käufer das Recht, sich bedingt oder unbedingt erbszuerklären (§. 1282) †). Hat der Erbe dagegen die Erbschaft bereits angetreten und zwar bedingt, so steht dem Käufer wohl das Recht zu, die bedingte Erbserklärung in eine unbedingte umzuwandeln, dagegen kann er die bereits erfolgte unbedingte Erbserklärung des Verkäufers nicht mehr rückgängig machen, und sich die Rechtswohlthat des Inventars vorbehalten.

§. 1279.

Auf Sachen, die dem Verkäufer nicht als Erben, sondern aus einem anderen Grunde, z. B. als Vorausvermächtniß, als Fideicommiß, als Substitution, als Schuldforderung aus der Verlassenschaft gebühren, und ihm auch ohne Erbrecht gebührt hätten, hat der Erbschaftskäufer keinen Anspruch. Dagegen erhält er Alles, was der Erbschaft selbst zuwächst,

---

*) S. Puchta, a. a. O. §. 521.

**) Doch gilt dieß nur vom Verhältnisse der Contrahenten unter einander; die Rechte dritter Personen, der Legatare und Erbschaftsgläubiger werden durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert (§. 1282).

***) Erläut. Bd. 8, I, S. 35.

†) Nippel, a. a. O., meint, der Erbschaftskäufer könne in dem vorausgesetzten Falle die Erbschaft auch ganz ausschlagen. Das scheint uns aber nicht der Fall zu sein, denn die Veräußerung der Erbschaft involvirt — wie der Verfasser unter Z. 7 selbst behauptet — eine stillschweigende Antretung der Erbschaft, die nach §. 806 nicht mehr widerrufen werden kann.

es sei durch den Abgang eines Legatars oder eines Miterben, oder auf was immer für eine andere Art, in so weit der Verkäufer darauf Anspruch gehabt hätte.

1) Aus der oben angeführten Bestimmung des §. 1278, daß der Erbschaftskäufer in alle nicht bloß persönlichen Rechte des Verkäufers als Erbe eintrete, folgt, daß ihm Alles gebührt, was an den Erben als Erben kommt *), also der demselben nach den §§. 560—563 zuwachsende Erbtheil **), ein in die Erbmasse fallendes erledigtes Vermächtniß (§. 689), so wie dasjenige, was der Verkäufer dem Erblasser schuldete, da der Grund der sonst nach §. 1445 eintretenden Erlöschung einer solchen Forderung durch den Verkauf der Erbschaft aufgehört hat ***).

2) Anderseits kann der Erbschaftskäufer auf Sachen, die dem Verkäufer nicht als Erben, sondern aus einem andern Grunde gebühren, keinen Anspruch machen. Sein Recht erstreckt sich also nicht auf ein Vorausvermächtniß (§. 648), auf ein dem Verkäufer als Fideicommiß-Anwärter, oder als fideicommissariatischen Substituten anfallendes Vermögen, so wie auf Schuldforderungen, die dem Erben gegen die Erbschaftsmasse außer dem Erbrechte zustehen (§. 802) †).

§. 1280.

Alles, was der Erbe aus dem Erbrechte erhält, wie z. B. die bezogenen Früchte und Forderungen, wird mit zur Masse gerechnet; alles hingegen, was er aus dem Seinigen auf die Antretung der Erbschaft, oder auf die Verlassenschaft verwendet hat, wird von der Masse abgezogen. Dahin gehören die bezahlten Schulden, die schon abgeführten Vermächtnisse, Abgaben und Gerichtsgebühren, und, wenn es nicht ausdrücklich anders verabredet worden ist, auch die Begräbnißkosten.

§. 1281.

In so weit der Verkäufer die Verlassenschaft vor der Uebergabe verwaltet hat, haftet er dem Käufer dafür, wie ein anderer Geschäftsträger.

---

*) Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset. fr. 2. pr. Dig. de hered. vel act. vend. (18, 4). — Vgl. fr. 2. §§. 3—8 und fr. 21 und 25 ibd.

**) Vgl. Thibaut, a. a. O. §. 1014, über diese unter den Civilisten streitige Frage.

***) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 682.

†) Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit, sed si vendiderit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere, et idcirco teneri venditori hereditatis. fr. 2. §. 18. Dig. l. c. (18, 4).

1) Dem Begriffe des Erbschaftskaufes zu Folge soll die Erbschaft so, wie sie dem Verkäufer angefallen ist, auf den Käufer übergehen, ohne Rücksicht, ob die Veräußerung unmittelbar nach dem Erbanfalle, oder erst später stattgefunden hat. Die Handlungen, welche der Verkäufer in der Erbmasse, vornahm, sind demnach so anzusehen, als ob sie im Namen des Käufers vorgenommen worden wären; Ersterer ist als ein Geschäftsführer des Letzteren anzusehen. Wiewohl also sonst dem Verkäufer bis zur Zeit der bedungenen oder wirklich geleisteten Uebergabe die Nutzungen der verkauften Sache gebühren (§§. 1050, 1051 und 1064), so sind sie doch dem Erbschaftskäufer herauszugeben, wenn sie gleich von dem Erben noch vor dem Verkaufe der Masse bezogen worden wären; auch hat dieser für die etwa veräußerten Erbschaftsstücke Ersatz zu leisten *), dagegen den zufälligen Untergang derselben nicht zu vertreten. In wie fern er für einen durch sein Verschulden entstandenen Schaden zu haften hat, wird noch insbesondere bei §. 1283 erörtert werden.

2) Nach §. 1014 ist der Gewaltgeber verpflichtet, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand zu ersetzen. In Anwendung dieses Principes auf den Erbschaftskauf erscheint der Verkäufer berechtigt, den Ersatz alles dessen zu fordern, was er aus dem Seinigen auf die Erbschaft verwendet hat; und ebenso kann die Berichtigung der auf dem Nachlasse haftenden Schulden, Vermächtnisse, Abgaben u. s. w., die er als Erbe leisten mußte, beansprucht werden.

3) Die Uebergabe der Verlassenschaft, deren der §. 1281 erwähnt, ist sowohl von der Uebergabe der einzelnen Verlassenschaftsstücke, als von der Einantwortung des Nachlasses zu unterscheiden. Sie kann, da die Erbschaft nicht wohl eine körperliche Uebergabe zuläßt, auf eine der im §. 427 angedeuteten Weisen geschehen (s. Bd. 1, S. 810 d. W.), und wird dadurch bewerkstelliget werden, daß der Verkäufer den Käufer in den Stand setzt, alle jene Acte vorzunehmen, welche der Erbe vornehmen muß, um zum Besitze der Erbschaft zu gelangen.

§. 1282.

Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer aber können sich ihrer Befriedigung wegen sowohl an den Käufer der Erbschaft, als an den Erben selbst halten. Ihre Rechte, so wie jene der Erbschaftsschuldner, werden durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert, und die Erbschaftsantretung des Einen gilt auch für den Anderen.

1) Der bekannte Grundsatz actus inter duos gestus tertio nec nocet nec prodest (vgl. §. 881) muß auch auf den Erbschaftskauf seine Anwendung finden. Der Verkäufer hört nämlich durch die Veräußerung der

---

*) Vgl. fr. 2. §. 3. Dig. l. c. (18, 4).

Erbschaft nicht auf, Erbe zu sein *). Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer können sich mithin nach wie vor an ihn halten **). Für sie ist die Veräußerung der Erbschaft eine unvollständige Assignation (§. 1400), die nach §. 1402 nur für jene Theile wirksam ist, welche mit einander einverstanden sind. Die Gläubiger und Legatare können sich aber allerdings auch an den Käufer wenden, da dieser (nach §. 1278) nicht nur in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten des Verkäufers als Erben eintritt. Thun sie dieß, so haftet ihnen der Letztere immer noch nach Maßgabe der §§. 1397—1399 (s. §. 1406), und nur wenn sie den Käufer als Alleinzahler anzunehmen sich erklärt hätten, wird der Erbe von aller weiteren Haftung befreit (§. 1407).

2) Den Erbschaftsschuldnern gegenüber erscheint der Erbschaftskauf als eine Cession (§. 1392), sie können daher dem Erben nicht mehr bezahlen oder sich sonst mit ihm abfinden, wenn ihnen der Käufer bekannt gemacht worden ist (§. 1396) ***).

3) Es ist schon oben (S. 490) bemerkt worden, daß der Erbschaftskäufer in jenes Verhältniß zur Erbschaft eintritt, in welchem der Verkäufer zur Zeit der Veräußerung zu derselben gestanden. Hatte also dieser die Erbschaft bereits angetreten, so bedarf es keiner neuerlichen Erbschaftsantretung. Wohl aber könnte der Käufer die bedingte Antretung des Erben in eine unbedingte verwandeln (§. 806), doch würde diese Umänderung den Gläubigern und Legataren gegenüber nur in Beziehung auf ihn selbst wirksam sein, die Haftung des Verkäufers aber nicht erweitern können (§. 881). Hatte dieser dagegen die Erbschaft noch nicht angetreten, so muß der Käufer die Erbserklärung überreichen, und dabei sowohl den Erbrechtstitel des Verkäufers (§. 799), als den Erbschaftskauf nachweisen.

§. 1283.

Hat man bei dem Verkaufe der Erbschaft ein Inventarium zum Grunde gelegt, so haftet der Verkäufer für dasselbe. Ist der Kauf ohne ein solches Verzeichniß geschehen, so haftet er für die Richtigkeit seines Erbrechtes, wie er es angegeben hat, und für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden.

---

*) Wir haben schon oben S. 490 bemerkt, daß der Erbe eben durch den Verkauf der Erbschaft sein Erbrecht ausübt, daß es also so anzusehen ist, als ob er die Erbschaft angetreten hätte; — und deßhalb scheint uns die Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 8, I, S. 45), daß der Eingang des §. 1282 nur für den Fall gelte, wenn der Erbe die Erbschaft, nachdem er sie bereits angetreten hatte, veräußerte, nicht stichhältig zu sein.

**) Quamvis heres institutus heriditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt etc. const. 2. Cod. de legat. (6, 37).

***) Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a divo Pio, utiles actiones emtori heriditatis dandas, merito adversus venditorem heriditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest. fr. 16. pr. Dig. de pact. (2, 14).

1) Der Verkäufer einer Erbschaft muß dem Käufer derselben schon nach allgemeinen Grundsätzen Gewähr leisten (§. 922), und zwar jedenfalls, mag dem Verkaufe ein Inventarium zum Grunde gelegt worden sein oder nicht, für die Richtigkeit seines Erbrechtes, wie er es angegeben hat, also dafür, daß es ihm wirklich, in dem zugesicherten Umfange, und frei von jeder nicht namhaft gemachten Belastung (mit Bedingungen, Aufträgen, Substitutionen u. dgl.) gebühre. Hätte sich also z. B. der Erbe des Erbrechts unwürdig gemacht (§. 540), so daß es ihm gar nicht zu statten kömmt; oder hätte er sich für den Alleinerben ausgegeben, während er die Erbschaft mit mehreren Miterben theilen muß, oder zeigt sich sein Erbtheil mit dem fideicommissariatischen Substitutionsbande belastet, oder von einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung abhängig, so hätte der Verkäufer dafür Gewähr zu leisten, und der Käufer könnte die gänzliche Aufhebung des Vertrages und nach Umständen Ersatz des weitern Schadens oder auch des entgangenen Nutzens fordern (§. 932) oder begehren, daß die auf der Erbschaft lastenden Einschränkungen hinweggeräumt werden, insoweit dieß in der Macht des Verkäufers liegt, wie wenn z. B. die Erfüllung der vorhandenen Suspensivbedingung in seiner Willkür stünde *).

2) Bei Beantwortung der weiteren Frage, in wie fern der Verkäufer einer Erbschaft auch für einzelne Verlassenschaftsstücke zu haften habe, muß unterschieden werden, ob der Veräußerung ein Inventarium zu Grunde gelegt wurde oder nicht. Im ersten Falle liegt dem Verkäufer die Haftung für alle in das Inventarium aufgenommenen Gegenstände ob **); der Erbschaftskauf ist in diesem Falle (wie schon oben S. 489 bemerkt wurde) kein Glücksvertrag, sondern ein ordentlicher Kaufvertrag. Im zweiten Falle dagegen hat der Veräußernde den Abgang einzelner Verlassenschaftsgegenstände nicht zu vertreten ***), und dadurch gestaltet sich der Erbschaftskauf zu einem gewagten Geschäfte.

3) Der Verkäufer einer Erbschaft haftet endlich, es mag ein Inventarium errichtet worden sein oder nicht, für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen der §§. 1295 und 1297, wie wenn er z. B. einem Erbschaftsschuldner seine Schuld erlassen, oder eine zum Nachlasse gehörige Sache absichtlich oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit zerstört hätte †).

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 8, I, S. 51 u. 52.

**) Diese Haftung liegt dem Erben auch rücksichtlich der in das Inventar aufgenommenen Verlassenschaftsactiven ob, wenn diese nicht ausdrücklich als uneinbringlich bezeichnet wurden, oder das Uebereinkommen dahin abgeschlossen worden ist, daß der Verkäufer für ihre Einbringlichkeit nicht zu haften habe, und es ist nicht abzusehen, warum der §. 1397 (wie Nippel, Erläut. Bd. 8, I, S. 48, behauptet) hier keine Anwendung erleiden solle.

***) Emtor hereditatis rem a possessoribus sumtu ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non praestatur in singulis rebus, cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit. Const. 1. Cod. de evict. (8, 45).

†) Non tantum . . . quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emtori restituendum est; et

§. 1284.

Wird Jemanden für Geld, oder gegen eine für Geld geschätzte Sache auf die Lebensdauer einer gewissen Person eine bestimmte jährliche Entrichtung versprochen, so ist es ein Leibrentenvertrag. 5) Leibrente;

1) Der Leibrentenvertrag (nudrigamentum, viagium, contractus de reditu annuo vitali) scheint im Mittelalter in Italien entstanden zu sein *). In demselben macht sich ein vertragschließender Theil (der Verkäufer der Leibrente) anheischig, gegen Empfang einer gewissen Summe Geldes oder einer Sache, die einen in Geld zu bestimmenden Werth hat, dem anderen Compaciscenten (dem Käufer der Leibrente) eine gewisse jährliche Leistung (die Rente), deren Dauer von dem Leben einer bestimmten Person abhängig gemacht wird (daher der Name Leibrente), zu entrichten. Er ist ein Glücksvertrag, und zwar für beide Theile, denn der Rentenkäufer kann die Rente längere oder kürzere Zeit genießen, und daher bald mehr, bald weniger, als den Werth des dafür hingegebenen Capitales erlangen. Seine Absicht ist in der Regel dahin gerichtet, sich ein höheres Einkommen zu verschaffen, als er bei gewöhnlicher fruchtbringender Anlegung seines Stammcapitales erzielen könnte; diesem Vortheile opfert er das Capital selbst auf. Der Rentenverkäufer dagegen sucht seinen Vortheil darin, sogleich eine gewisse Summe oder Sache zu erhalten, die er nicht (oder nur allmälig in den höheren Renten) zurückzuerstatten braucht, wobei er die Hoffnung hat, bei früher erfolgendem Tode desjenigen, auf dessen Kopfe die Leibrente beruht, von jeder weiteren Leistung befreit zu werden.

2) Die gegen die Leibrente überlassene Sache kann in einer Summe Geldes, oder in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, die einen Geldwerth hat, ja auch in dem ganzen Vermögen des Rentenkäufers bestehen. Eine förmliche Schätzung ist hierbei nicht nothwendig **). Die in Frage stehende Sache geht, sobald sie dem Verkäufer der Rente übergeben wurde, sofort in dessen Eigenthum über, und der Untergang derselben kann ihn

---

non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est. — Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emtori praestandum est; fecisse autem dolo malo, quo minus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, sive egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur. fr. 2. §§. 4 et 5. Dig. l. c. (18, 4).

*) Mittermaier, a. a. O. §. 301. Bd. 2, S. 93.

**) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 1. April 1852, Z. 3001, in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1852, Nr. 150, und die daselbst in der Anmerkung auf S. 595 angeführten Präjudicate. Der Ausdruck „schätzen" im §. 1284 muß, wie es scheint, im weiteren Sinne genommen werden, als gleichbedeutend mit „zu Geld anschlagen", — wobei es genügt, wenn dieß von den Contrahenten im Gedanken geschieht, zumal die Forderung einer förmlichen Abschätzung alles vernünftigen Grundes und aller Analogie entbehrte.

von der Pflicht der Rentenzahlung nicht befreien. Uebrigens kann eine Rente auch ohne Entgelt zugesichert werden, in welchem Falle jedoch nicht die Vorschriften über Glücksverträge, sondern jene über Schenkungen zur Anwendung kommen.

3) Die Leibrente kann zum Vortheile des Compaciscenten selbst — was der gewöhnliche Fall ist — aber auch eines Dritten (z. B. der Gattin, oder eines Kindes u. s. w.) verabredet werden. Die Bestimmung ihrer Größe hängt lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien ab; die Beschränkungen der Zinsgesetze (§. 1000) sind darauf nicht anwendbar, eben so wenig ist aber nothwendig, daß die Leibrente den gewöhnlichen Zinsfuß überschreite, wiewohl dieß gewöhnlich der Fall ist. Der Käufer der Leibrente erlangt bloß ein persönliches Recht gegen den Verkäufer, das aber durch Pfandbestellung versichert werden kann. Ist der Rentenzahler säumig, so kann zwar nicht die Aufhebung des Vertrages begehrt (§. 919) **), wohl aber die Execution gegen ihn erwirkt werden. Eben so wenig ist der Verkäufer der Rente berechtigt, sich durch Rückgabe der empfangenen Sache von der Rentenzahlung loszumachen.

§. 1285.

Die Dauer der Leibrente kann von dem Leben des einen oder anderen Theiles, oder auch eines Dritten abhängen. Sie wird im Zweifel vierteljährig vorhinein entrichtet, und nimmt in allen Fällen mit dem Leben desjenigen, auf dessen Kopf sie beruht, ihr Ende.

1) Gewöhnlich bedingt sich der Rentenkäufer die Leibrente für seine Lebensdauer; sie kann aber auch von dem Leben des Verkäufers, oder einer dritten Person abhängig gemacht werden; ja es ist auch nicht unstatthaft, sie auf die Lebensdauer mehrerer Personen festzusetzen, in welchem Falle sie so lange, als Eine dieser Personen lebt, ungeschmälert entrichtet werden muß. Wurden mehrere Personen zum Rentenbezuge berechtigt, so kann dieß in der Art geschehen, daß im Falle des Ablebens Einer derselben der erledigte Antheil den übrigen zuwächst (Tontinenvertag, von dem Erfinder Lorenzo Tonti also benannt), oder daß er dem Rentenverkäufer anheimfällt; im Zweifel wäre das Letztere zu vermuthen (§. 889). Der Rentenbezug endigt mit dem Leben desjenigen, auf dessen Kopf er beruht, mag dieß der Rentenkäufer selbst, oder der Rentenverkäufer, oder ein Dritter

---

*) Anders würde natürlich zu entscheiden sein, wenn die Auflösung des Vertrages und die Rückstellung des Leibrentencapitales für den Fall eines Versäumnisses ausdrücklich bedungen worden wäre. Unter dieser Voraussetzung müßte sogar bei einem über das Vermögen des Verpflichteten ausgebrochenen Concurse die Rente fortbezahlt, oder das Rentencapital zurückgestellt werden, wofern nur das dießfällige Forderungsrecht gehörig liquidirt wurde. (S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 30. October 1851, Z. 8845, in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1856, Nr. 123.)

sein *); auch macht es hierbei keinen Unterschied, ob der Tod in natürlichem Wege, oder auf gewaltsame Weise, durch Selbstmord oder durch Verschulden eines Andern (auch selbst des Rentenverkäufers) erfolgte; nur hat der Schuldtragende nach §. 1327 Ersatz zu leisten **).

2) Da im Allgemeinen anzunehmen ist, daß der Rentenkäufer mit der Leibrente seinen Unterhalt zu decken beabsichtigte, so rechtfertigt sich die Verfügung des §. 1285, vermöge welcher die Leibrente, wenn nichts anders verabredet wurde, vierteljährig in vorhinein zu entrichten sei, und es scheint auch die Anwendung des §. 1418 auf dieselbe Anwendung zu leiden, zu Folge welcher in dem Falle, als der Berechtigte während dieser Zeit stürbe, die Erben desselben nicht schuldig sind, etwas von der Vorausbezahlung zurück zu geben.

§. 1286.

Weder die Gläubiger noch die Kinder desjenigen, welcher sich eine Leibrente bedingt, sind berechtiget, den Vertrag umzustoßen. Doch steht den Ersteren frei, ihre Befriedigung aus den Leibrenten zu suchen; den Letzteren aber die Hinterlegung eines entbehrlichen Theiles der Rente zu fordern, um sich den ihnen nach dem Gesetze gebührenden Unterhalt darauf versichern zu lassen.

1) Da der Leibrentenvertrag für den Rentenkäufer jedenfalls als ein entgeltlicher erscheint, so können die Bestimmungen der §§. 950—954 nicht auf denselben angewendet werden. Die Gläubiger haben also kein Recht, den Leibrentenvertrag umzustoßen; doch versteht es sich von selbst, daß die Uebertragung einer mit Hypotheken belasteten Sache auf den Rentengeber den Rechten der Hypothekargläubiger keinen Nachtheil bringen könne; diese sind nach wie vor berechtigt, aus der Hypothek ihre Befriedigung zu suchen (§. 466). Im Uebrigen können auch die Personalgläubiger

---

*) Wäre die Rente zum Vortheile des Käufers verabredet, aber ihre Dauer von dem Leben einer andern Person abhängig gemacht, und würde diese den Rentenkäufer überleben, so geht der Rentenbezug, so lange die gedachte Person am Leben bleibt, auf die Erben des Käufers über, da kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß das Recht auf die Leibrente als ein höchstpersönliches angesehen werden müsse. S. Helm's Kritik einiger besonderer, bei Auslegung der Gesetze vorkommenden Regeln. (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1828, II, S. 269.)

**) Bei dem klaren, auch mit der Natur der Sache vollkommen übereinstimmenden Ausspruche des Gesetzes können wir der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 8, I, S. 55) nicht beipflichten, daß der Rentenbezug nicht erlösche, wenn der Rentenverkäufer selbst dem Leben desjenigen, auf dessen Kopf die Rente beruhte (auch wenn dieß sein eigener war), ein Ende machte. Der Verfasser scheint die Pflicht zum Schadenersatze (nach §. 1327) mit der Verpflichtung zur Fortbezahlung der Rente zu verwechseln. Immerhin wird aber beim Schadenersatze auf den wahrscheinlichen Vortheil, den der Berechtigte durch den Fortbezug der Rente erlangt haben würde, Rücksicht zu nehmen sein.

des Rentenbesitzers auf die Leibrente selbst nach den Bestimmungen unserer Gerichtsordnungen (§. 321 der allg., §. 425 der galiz., §. 414 der ital., und §. 482 der ungar. u. siebenb. G. O.) Execution führen.

2) Diejenigen Personen, welche aus einem Vertrage oder aus einem letzten Willen von dem Rentenkäufer den Unterhalt anzusprechen haben, sind wie andere Gläubiger zu betrachten, und deßhalb nach den unter Z. 1 aufgestellten Grundsätzen zu behandeln. Rücksichtlich der Kinder, welchen der Unterhalt aus dem Gesetze gebührt, verordnet dagegen der §. 1286, daß sie die Hinterlegung eines entbehrlichen Theils der Leibrente verlangen und daraus die Befriedigung ihres Unterhaltsanspruches suchen können. Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 4, S. 539) meint, daß diese Vorschrift auch auf die Gattin und die Verwandten der aufsteigenden Linie, rücksichtlich des ihnen gebührenden Unterhaltes anzuwenden sei. Wir können aber bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes dieser Ansicht nicht beistimmen, und glauben vielmehr, daß die Ehefrau und die Ascendenten den übrigen Gläubigern gleichzuhalten seien, zumal das Gesetz in den §§. 951 und 954 eben auch nur die Kinder, und nicht gleichmäßig die Notherben der aufsteigenden Linie oder die Gattin begünstigt.

---

3) Aehnlich mit den Leibrenten ist das s. g. Ausgedinge (Ausnahme, Altentheil, Leibzucht u. s. w.) *), d. i. derjenige Vertrag, vermöge dessen sich der Eigenthümer eines unbeweglichen Gutes (am häufigsten eines s. g. Bauerngutes; s. Bd. 2, S. 630 d. W.) bei Abtretung desselben an einen Andern für sich oder einen Dritten (zumeist seine Gattin) gewisse Bezüge oder Rechte auf seine Lebensdauer oder sonst auf eine bestimmte Zeit vorbehält; mögen diese Bezüge in gewissen Reichnissen (z. B. Feldfrüchten, Viehstücken u. dgl.), oder in bestimmten Dienstleistungen (z. B. Fuhren, oder Pflege und Wartung) oder in einem Gestatten (z. B. in dem Gebrauche einer Wohnung u. s. w.) bestehen **). Das Rechtsinstitut des Ausgedinges ist rein germanischen Ursprungs, und hat sich auch in Oesterreich, besonders unter dem Bauernstande, Eingang verschafft, wo sich namentlich in Folge der Untrennbarkeit des Bauerngutes in der Stipulirung des Ausgedinges ein geeignetes Mittel darbot, die Wirthschaft einem jüngeren, kräftigeren Nachfolger zu überlassen, ohne dem gewohnten Aufenthalte den Rücken wenden, ohne der gewohnten Lebensweise bei vorgerücktem Alter entsagen zu müssen ***). Unter den neueren Gesetzbüchern hat nur das preuß. Land-

---

*) Emil Rößler, Inaug.-Dissert. über das Ausgedinge auf Bauerngütern, nach den bestehenden Vorschriften in Oesterreich mit besonderer Rücksicht auf das Königreich Böhmen. Prag. 1842.

**) Mittermaier, a. a. O. §. 291.

***) Die Eigenthümlichkeiten in der Verwaltung der Pupillengüter haben bei dem Bauernstande noch zu einem andern Ausgedinge geführt, welches dem Stiefvater eines minderjährigen Grundbesitzers zugesichert wird, wenn er die Wirthschaft seines Stiefsohnes ordentlich verwaltet hat. Hofd. vom 7. August 1795, Nr. 247 der J. G. S., und böhm. Gub. Vrdg. v. 30. October 1795. — S. Rößler, a. a. O. S. 13 und Anhang Nr. 6 und 7.

recht des „Auszuges“ insbesondere Erwähnung gethan, und ihn als den Inbegriff jener Vortheile bezeichnet, welche der Uebernehmer einer Rusticalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenszeit anweist. Dagegen ist dem Ausgedinge weder in dem Josephinischen noch in unserm a. b. G. B. eine besondere Bestimmung gewidmet, und es müssen daher auf dasselbe als auf einen eigenthümlichen *) ungenannten Vertrag die allgemeinen Grundsätze des XVII. H. St., II. Thls., angewendet werden. Der Gutsübernehmer hat die Verpflichtung, dem Ausgedinger (Auszügler, Leibzüchter) das in dem Uebergabsvertrage Bedungene zu leisten. Zweifelhafte Ausdrücke sind hierbei nach dem Sprachgebrauche der Zeit und des Ortes, wo der Vertrag abgeschlossen wurde, auszulegen, und es ist hauptsächlich darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Ausgedinge in der Regel eine Versorgung des abtretenden Grundwirthes bilden, also seiner bisherigen Lebensweise, und den seinen Verhältnissen angemessenen Bedürfnissen entsprechen soll **). — Mißwachs, Zerstörung der Früchte, Kriegsnöthe und andere ähnliche Unglücksfälle geben dem Verpflichteten kein Recht, die bedungenen Leistungen zu schmälern, und noch weniger kann einseitig das einmal bestellte Ausgedinge herabgesetzt, umgeändert oder gänzlich aufgehoben werden. Selbst der Untergang eines Gebäudes, in welchem dem Ausgedinger die Wohnung angewiesen wurde (Auszughäusel, Auszugstübel) begründet nur die Einstellung der bezüglichen Dienstbarkeit (§. 525), entbindet aber den Gutsübernehmer keineswegs der Verpflichtung, dem Ausgedinger eine andere angemessene Wohnung herzustellen. Dieser ist, wenn es nicht anders verabredet worden, weder verpflichtet dem Uebernehmer Dienste zu leisten (ihm z. B. in der Wirthschaft beizustehen), noch die auf dem Gute haftenden Lasten (z. B. Steuern, Gemeindeabgaben) auch nur theilweise zu tragen. Die Verpflichtung zur Leistung des Ausgedinges ist zunächst nur eine persönliche des Gutsübernehmers, sie wird aber in der Regel durch Eintragung auf das abgetretene Gut in eine dingliche Last verwandelt ***). Auch in diesem Falle hindert sie zwar nicht die Veräußerung des damit belasteten Gutes, allein der Nachfolger muß sie in vollem Maße übernehmen (§. 443). Bei Executionsführungen auf das in Frage stehende Reale, sei es im Wege der Sequestration, sei es im Wege der öffentlichen Feilbietung und zwar in oder außer dem Concurse, muß die rechtliche Natur des Ausgedinges, als einer dinglichen, aber auf die Lebensdauer des Berechtigten eingeschränkten Last festgehalten, und auf die Priorität der Eintragung derselben Rücksicht genommen werden †). — Das Recht des Ausgedingers ist ein rein persönliches, und kann somit weder an andere Personen abgetreten noch vererbt werden; ja selbst die Ausübung des

*) Daß der Ausgedingsvertrag mit dem Leibrentenvertrage nicht identisch sei, hat insbesondere Rößler, a. a. O. S. 22 ff., umständlich nachgewiesen.

**) Rößler, a. a. O. S. 45—55.

***) Mittermaier, a. a. O. Bd. II, S. 60.

†) Rößler, a. a. O. §§. 25 und 26, dann J. F. Wizdalek: wie ist das Ausgedinge bei executiver Veräußerung des damit belasteten Gutes zu behandeln (Jurist. Bd. 17, S. 70), und A. Chrudimsky, über die Behandlung des Ausgedinges in Executionsfällen (Haimerl's Mag. Bd. 6, S. 117).

Anspruches auf Wohnung, Pflege und Verköstigung ist unübertragbar (§§. 485 u. 507); dagegen kann der Bezug gewisser Reichnisse (z. B. Feldfrüchte und anderer Naturalien) in der Art, wie er dem Ausgedinger zusteht, auch auf andere Personen übergehen *), und ebenso ist dieser berechtigt, Alles, was er durch eine rechtmäßige Ausübung seines Befugnisses zu Eigen erhalten hat, nach seinem Belieben zu verwenden, also auch an Dritte hindanzugeben (vgl. Bd. 2, S. 163 d. W.). — Sind mehrere Personen (gemeiniglich der Gutsabtreter und seine Gattin) zum Bezuge des Ausgedinges berechtiget, so erlischt mit dem Tode eines Jeden der ihm gebührende Antheil, und die andern Theilhaber können — abgesehen von einer besonderen Stipulation — ein Zuwachsrecht für sich nicht geltend machen (§. 889) **).

4) Des Rentenkaufes, durch welchen beständige jährliche Renten begründet werden, ist bei §. 530 (Bd. 2, S. 241 d. W.) Erwähnung geschehen.

§. 1287.

6) gesellschaftliche Versorgungsanstalten;

Der Vertrag, wodurch vermittelst einer Einlage ein gemeinschaftlicher Versorgungsfond für die Mitglieder, ihre Gattinen oder Waisen errichtet wird, ist aus der Natur und dem Zwecke einer solchen Anstalt und den darüber festgesetzten Bedingungen zu beurtheilen.

1) Die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten, welche entweder ihren Mitgliedern, oder andern von ihnen bezeichneten Personen (z. B. den Witwen und Waisen derselben), bei eintretendem Alter, im Falle der Arbeitsunfähigkeit, Erwerbslosigkeit, oder sonstiger bestimmter Ereignisse einen angemessenen Unterhalt gewähren sollen, werden meistentheils durch Vereine ins Leben gerufen, welche nach dem Vereinsgesetze v. 26. Nov. 1852, Nr. 263 des R. G. Bl., einer besonderen Bewilligung der Staatsverwaltung bedürfen, wenn sie nach einer vorhinein verabredeten Gesellschaftsregel (Statuten) in der Art eingegangen werden sollen, daß der Eintritt in den Verein ohne Beschränkung auf die ursprünglichen Theilnehmer Jedermann, der die festgesetzten Bedingungen erfüllt, und sich der gesellschaftlichen Regel unterwirft, gestattet ist, oder wenn es sich um allgemeine Versorgungs- und Rentenanstalten handelt. Der den Behörden vorzulegende Plan des Unternehmens und die denselben ergänzenden Verträge und Statuten haben den Zweck des Vereines und die Mittel zu dessen Erreichung überhaupt, so wie zur Aufbringung des erforderlichen

---

*) Aus diesem Grunde scheint uns auch eine Execution auf die ersterwähnten Bestandtheile eines Ausgedinges unzulässig, wohl aber auf die Bezüge bestimmter Naturalien statthaft, und in derselben Weise ausführbar zu sein, wie die Execution auf Leibrenten (s. oben S. 497). — Vgl. Rößler, a. a. O. §§. 27—29, und Laufenberger, über die Execution der Ausgedinge (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1841, I, S. 375).

**) Vgl. Rößler, a. a. O. §. 38.

Aufwandes insbesondere, die Art, wie der Verein sich bilden und erneuern soll, die Geschäftsführung und Leitung in ihren wesentlichen Grundzügen, die Rechte und Pflichten der Vereinsglieder als solcher, die Bestimmungen, wer den Verein gegenüber dritten Personen und gegenüber den Behörden zu vertreten habe, in welcher Art rechtsgiltige, für den ganzen Verein verbindliche Beschlüsse gefaßt, und wie zur Schlichtung der aus dem Vereinsverhältnisse entspringenden Streitigkeiten vorgegangen werden solle, endlich die Bestimmungen über die Auflösung der Gesellschaft zu enthalten. Die nächste, und wohl in den meisten Fällen ausreichende Quelle zur Beurtheilung der bei solchen Versorgungsanstalten eintretenden Rechtsverhältnisse wird also in den für dieselben bestehenden Statuten und Gesellschaftsbeschlüssen (den darüber festgesetzten Bedingungen, wie sich unser b. G. B. ausdrückt) zu finden sein, wo diese aber versiegen sollte, wäre auf die Natur und den Zweck der betreffenden Anstalten Rücksicht zu nehmen *).

2) Was nun den Zweck anbelangt, so kann derselbe, wie schon oben angedeutet wurde, ein mannigfaltiger sein. Es kann sich nämlich darum handeln, den Mitgliedern selbst bei dem Eintrite eines höheren Alters und der gewöhnlich damit verknüpften Gebrechlichkeit und Erwerbsunfähigkeit einen bestimmten Unterhalt (Altersversorgungscassen), oder in Krankheitsfällen eine zeitweilige Unterstützung (Krankencassen), oder bei eintretender Erwerblosigkeit eine vorübergehende Aushilfe (Hilfscassen) zu verschaffen; — es kann aber der Zweck auch dahin gehen, den hinterlassenen Witwen der Mitglieder auf ihre Lebensdauer, oder bis zu ihrer Wiederverehelichung, eine bestimmte Pension (Witwencassen), oder den zurückgebliebenen Kindern bis zum Zeitpunkte der erlangten Erwerbsfähigkeit, oder einer anderweitigen Versorgung, oder bis zur Erreichung eines bestimmten Alters eine Jahresrente zu sichern (Waisencassen). Natürlich können diese verschiedenen Aufgaben auch mit einander verbunden werden. Weitere Modalitäten sind: Die Capitalienversicherung auf den Lebensfall, wenn nämlich einer bestimmten Person für den Fall, als sie nach Ablauf einer gewissen Zeit noch am Leben sein wird, die Auszahlung eines Capitales (z. B. zur Aussteuer, oder zum Antritte eines Geschäftes) zugesichert wird; die Lebensversicherung, wobei sich die Anstalt verpflichtet, bei dem Eintritte eines bestimmten Sterbefalles ein im Voraus festgesetztes Capital zu entrichten; und die Leibrenten-Institute, bei welchen von einem bestimmten Zeitpunkte angefangen eine festgesetzte, oder aber eine steigende jährliche Rente, entweder durch die ganze künftige Lebensdauer einer bestimmten Person, oder nur durch eine gewisse Reihe von Jahren gefordert werden kann.

3) Die in Frage stehenden Anstalten beruhen entweder auf dem Principe der Wechselseitigkeit, indem die Mitglieder durch ihre Einlagen einen gemeinschaftlichen Fond bilden, aus welchem die zugesicherten Beträge zu entrichten kommen; oder sie werden von Unternehmern in der Art

---

*) Hohler (C. Th.), Civilrechtliche Erörterungen des §. 1287 des a. b. G. B. über gesellschaftliche Versorgungsanstalten in d. öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1828, II, S. 97.

begründet, daß diese sich anheischig machen, gegen Empfang gewisser Beiträge (Prämien) den Beitretenden selbst, oder den von ihnen bezeichneten Personen, bestimmte Leistungen (s. oben Z. 2) zu machen. Die Möglichkeit ihres Bestandes ist dadurch herbeigeführt, daß bei einer größeren Menge von Theilnehmern Viele nicht in die Lage kommen, ihre Ansprüche gegen die Anstalt geltend zu machen *).

§. 1288.

7) Versicherungsvertrag;

Wenn Jemand die Gefahr des Schadens, welcher einen Anderen ohne dessen Verschulden treffen könnte, auf sich nimmt, und ihm gegen einen gewissen Preis den bedungenen Ersatz zu leisten verspricht, so entsteht der Versicherungsvertrag. Der Versicherer haftet dabei für den zufälligen Schaden, und der Versicherte für den versprochenen Preis.

§. 1289.

Der gewöhnliche Gegenstand dieses Vertrages sind Waaren, die zu Wasser oder zu Lande verführet werden. Es können aber auch andere Sachen, z. B. Häuser und Grundstücke gegen Feuer-, Wasser- und andere Gefahren versichert werden.

1) Der Versicherungsvertrag (Assecuranzvertrag) ist ein Vertrag, mittelst dessen einer der Contrahenten (der Versicherer) gegen eine bestimmte Vergütung (Pämie) dem andern Contrahenten (dem Versicherten) einen bestimmten Schaden, welcher ihn ohne sein Verschulden treffen könnte, zu ersetzen sich verpflichtet. Zum Wesen des Versicherungsvertrages gehören demnach: a) ein bestimmter Gegenstand, der versichert werden soll, und an welchem dem Versicherten ein rechtliches Interesse zusteht, weil er sonst in Ansehung derselben keinen Schaden im juristischen Sinne leiden könnte; b) die Bezeichnung einer Gefahr, welcher der versicherte Gegenstand ausgesetzt ist, und die der Versicherer übernimmt; c) ein bestimmtes Entgelt (die Prämie), welches der Versicherte dem Versicherer zu leisten hat, und d) die Zusicherung des Ersatzes in dem Falle eines wirklich eintretenden Schadens. Der Vertrag ist ein Glücksvertrag, und zwar für beide Theile, deren jeder die Hoffnung eines ungewissen Vortheiles erlangt, der Versicherer nämlich, daß er die Prämie erhalte, ohne einen Ersatz leisten zu müssen, weil eben kein Schade eintritt; — der Versicherte, daß er gegen die geringe Prämie den Ersatz eines meistentheils weit größeren Schadens erlange. Die Versicherung kann von einzelnen Personen, sie kann aber auch von ganzen Gesellschaften (Assecuranzgesellschaften, Assekuranzvereinen)

---

*) Vgl. meine statistische Darstellung des Vereinswesens im Kaiserthume Oesterreich. Wien, 1857, S. 106 und 336.

unternommen werden, deren Bildung das Vereinsgesetz vom 26. November 1852 normirt. In der letzteren Beziehung kommen nun zweierlei Arten von Gesellschaften zu unterscheiden; es kann nämlich ein Verein die Versicherung gegen bestimmte Gefahren, wie eine andere Gewinn verheißende Unternehmung, zum Gegenstande seiner Thätigkeit machen, indem er sich denjenigen, welche ihr Eigenthum versichern lassen wollen, gegen Leistung bestimmter Prämien, zum Ersatze des sie treffenden Schadens verpflichtet; es können aber auch mehrere Personen in der Art zusammentreten, daß sie sich wechselseitig zur Vergütung des an ihrem Eigenthume entstehenden Schadens anheischig machen. In diesem Falle ist jeder Versicherte zugleich Versicherer, und die einzelnen Mitglieder leisten in der Regel keine fixen Beiträge, sondern der in einem bestimmten Zeitraume (z. B. einem Jahre) entstandene und zu vergütende Schade wird nachträglich auf dieselben repartirt (sie leisten eine s. g. Umlagsquote) *).

2) Gegenstand der Versicherung kann jede schätzbare Sache sein, also nicht nur Immobilien (Häuser, Grundstücke), sondern auch Mobilien aller Art (z. B. Waaren, die zu Lande oder zur See versendet werden, Hausrath, Feldfrüchte, Viehstücke, auch Forderungen, mögen sie verhypothecirt sein oder nicht, Lose u. dgl.). Hierbei ist es nicht nothwendig, daß die Sache zur Zeit der Abschließung des Vertrages bereits existire, sondern es genügt, wenn sie nur später zur Existenz gelangt **); so wird häufig eine künftige Ernte gegen Hagelschlag oder Ueberschwemmung und Feuersgefahr versichert. Auch wenn der versicherte Gegenstand zur Zeit der Eingehung des Assecuranzvertrages nicht mehr existirte, ist dieser nicht nothwendig ungiltig, sondern nur dann, wenn der Untergang dem Versicherten schon bekannt war (§. 1291). Endlich ist es auch kein unerläßliches Erforderniß, daß die versicherte Sache ein Eigenthum des Versicherten sei, wofern diesem nur ein rechtliches Interesse an der Abwendung des bestimmten Schadens von demselben zustehet. Deßhalb dürfte es keinem Anstande unterliegen, daß der Hypothekargläubiger die Realität seines Schuldners, der Fruchtnießer oder Gebrauchsberechtigte die Sache, an welcher ihm eine der genannten Dienstbarkeiten zukömmt, versichern lasse ***).

3) In Ansehung der Gefahr, welche der Versicherer übernimmt, ist im Allgemeinen zu bemerken, daß eine Versicherung, bei welcher das Interesse des Versicherten vom Gesetze keinen rechtlichen Schutz genießt, als unstatthaft erscheint (§. 878) †). Deßhalb ist die Gefahr, welche Jemanden bei der Vornahme einer unerlaubten Handlung (z. B. einer Schwärzung, einer Preßübertretung u. dgl.) bedroht, kein Gegenstand einer giltigen Versicherung, zumal durch die Uebernahme derselben die Begehung solcher Handlungen befördert wird ††). Im übrigen können die mannigfaltigsten

*) S. meine Vereins-Statistik, S. 316 ff.

**) Eine Skizze über den Versicherungsvertrag, von Dr. Maximilian W. z. ch. (Jurist. Bd. 18, S. 257.)

***) W., a. a. O. S. 260.

†) Mittermaier, a. a. O. §. 302.

††) So erklärt der §. 233 des Gefälls-St.-Ges. die Versicherung einer bestimmten Gefällsübertretung, die als Schleichhandel zu betrachten ist, oder

Gefahren Gegenstand des Versicherungsvertrages sein; als: Feuersgefahr, Wassergefahr, Gefahr der Beschädigung oder des Verlustes beim Transporte zu Wasser und zu Land, die Gefahr der Zerstörung durch Hagelschlag, des Viehfalles bei Viehseuchen u. dgl. Man versichert aber auch noch weiter: den Verlust, den der Eigenthümer eines Loses (bei gewöhnlichen Lotterien, oder bei Lotterieanleihen) durch die Ziehung desselben erleiden kann *); den Nachtheil, der Jemanden durch Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners droht (Credit-Assecuranz), oder den er durch das Ableben einer bestimmten Person (die ihm z. B. den Unterhalt zu verabreichen verpflichtet ist) erleidet (Lebensversicherung); auch kann der Versicherer den von ihm versicherten Schaden wieder bei einem Andern rückversichern.

4) Die schriftliche Abfassung des Versicherungsvertrages ist in dem Gesetze nirgends vorgeschrieben, sie pflegt aber gemeiniglich Platz zu greifen, und dem Versicherten eine Urkunde (die s. g. Polizze) ausgefertiget zu werden, welche die wesentlichen Vertragspunkte enthält.

§. 1290.

Ereignet sich der zufällige Schade, wofür die Entschädigung versichert worden ist, so muß der Versicherte, wenn kein unüberwindliches Hinderniß dazwischen kommt, oder nichts anderes verabredet worden ist, dem Versicherer, wenn sie sich im nämlichen Orte befinden, binnen drei Tagen, sonst aber in derjenigen Zeitfrist davon Nachricht geben, welche zur Bekanntmachung der Annahme eines von einem Abwesenden gemachten Versprechens bestimmt worden ist (§. 862). Unterläßt er die Anzeige, kann er den Unfall nicht erweisen, oder kann der Versicherer beweisen, daß der Schade aus Verschulden des Versicherten entstanden ist, so hat dieser auch keinen Anspruch auf die versicherte Summe.

§. 1291.

Wenn der Untergang der Sache dem Versicherten, oder der gefahrlose Zustand derselben dem Versicherer zur Zeit des geschlossenen Vertrages schon bekannt war, so ist der Vertrag ungiltig.

---

einzelner noch unbestimmter Uebertetungen der oben bemerkten Gattung, selbst für eine Art des frevelhaften Schleichhandels. — Aus einem ähnlichen Grunde hat das Hfkzldec. v. 5. August 1843 (mähr. P. G. S. S. 219) den Assecuranzgesellschaften die Ausdehnung ihrer Geschäfte auf die Versicherung von Capitalien für Conscriptionspflichtige in dem Falle ihrer Berufung zum Militärdienste untersagt.

*) Thöl, Handelsrecht, §. 105.

1) Wie schon oben bemerkt wurde, gehört zum Wesen des Versicherungsvertrages eine Gefahr, d. i. ein ungewisses Ereigniß, durch welches an dem versicherten Gegenstande ein Schade herbeigeführt werden kann; doch gilt hier in Ansehung der Ungewißheit Aehnliches wie bei der Wette (§. 1270). Es kann nämlich der befürchtete Nachtheil zu Zeit der Eingehung des Versicherungsvertrages bereits eingetreten, oder die Gefahr bereits vorübergegangen sein, ohne daß der Vertrag deßhalb ungiltig wird, wenn nur beiden Theilen das eingetretene Ereigniß noch unbekannt war. Hat dagegen der Versicherer um den gefahrlosen Zustand, oder der Versicherte um den bereits eingetretenen Schaden gewußt, so ist der Vertrag ungiltig (§. 1291), und derjenige Theil, der den andern irre geführt, hätte ihm nach §. 874 zu haften. War umgekehrt dem Versicherer der Untergang der Sache, oder dem Versicherten der gefahrlose Zustand derselben bekannt, so ist eigentlich eine Schenkung vorhanden (vgl. §. 1270), auf welche die Grundsätze über Schenkungsverträge zur Anwendung zu kommen haben (§. 916).

2) Für den Versicherten fließt aus dem Versicherungsvertrage die Verpflichtung zur Zahlung der Prämie, ohne Unterschied, ob ein Nachtheil eintritt oder nicht. Ein Versäumniß in der Entrichtung derselben berechtiget den Versicherer noch nicht zur Aufhebung des Vertrages (§. 919), doch wird dieß häufig ausdrücklich zur Bedingung gemacht. In einem solchen Falle kann dann der Versicherer, wenn er auch seinerseits zu einer Entschädigungsleistung nicht mehr verhalten werden kann, doch auf Zahlung der rückständigen Prämie dringen *).

3) Ereignet sich der Schade, gegen welchen die Versicherung gerichtet war, so kömmt nun weiter zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen der Versicherer dafür Ersatz zu leisten habe.

a) Vor Allem muß der Schade selbst erwiesen werden, denn er ist eine Thatsache, welche nach einem oft erwähnten processualischen Grundsatze von demjenigen dargethan werden muß, welcher ein Recht für sich daraus ableitet. Dasselbe gilt auch von dem Umfange des angerichteten Schadens, wenn dieser auf das Maaß des zu leistenden Ersatzes von Einfluß ist **), — wobei häufig die Erhebung durch Sachverständige nothwendig werden kann. Theils um die Ermittlung des Schadens zu erleichtern, theils um den Versicherer in die Möglichkeit zu versetzen, weiteren Nachtheil von sich abzuwenden, verordnet das Gesetz (§. 1290), daß der Versicherte dem Versicherer so bald als möglich von dem eingetretenen Unfalle Nachricht geben müsse. Ist hierzu im Vertrage selbst eine bestimmte Frist festgesetzt, so hat es dabei sein Bewenden; im entgegengesetzten Falle

---

*) S. den Civilrechtsfall in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1853, Nr. 42, und den von Dr. Dierl im Juristen, Bd. 11, S. 415, mitgetheilten Rechtsfall als Beitrag zur Lehre von Versicherungsverträgen.

**) Dieß ist nicht immer der Fall, so muß z. B. bei s. g. Lebensversicherungen dem Versicherten, sobald der Tod einer bestimmten Person eintritt, eine gewisse, unabänderlich festgesetzte Summe ausbezahlt werden, wo es daher keiner weiteren Schadenserhebung, sondern nur der Constatirung des eingetretenen Todesfalles bedarf.

tritt die Verfügung des §. 1290 an die Stelle. Eine Entschuldigung kömmt dem Versicherten nur dann zu Statten, wenn ihm ein unüberwindliches Hinderniß (z. B. eine Ueberschwemmung, welche die Communication unterbrochen hatte) die Benachrichtigung des Versicherers unmöglich machte. Abgesehen von diesem Falle wird nach der Strenge des Gesetzes durch die Unterlassung der Anzeige sogar der Anspruch auf Entschädigung verwirkt.

b) Zur Begründung der Ersatzpflicht für den Versicherer ist weiters nothwendig, daß der eingetretene Schade ein zufälliger, d. h. nicht durch Verschulden des Versicherten entstanden sei. Wäre dieß der Fall, so hat ihm der Versicherer keinen Ersatz zu leisten; doch müßte der Beweis des Verschuldens von dem Letzteren geführt werden, da nach §. 1296 überhaupt die Vermuthung gilt, daß ein Schade ohne Verschulden eines Andern entstanden sei. Eine unwillkürliche Handlung des Versicherten kann diesem nach der Analogie des §. 1306 nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn nicht der im §. 1307 vorausgesetzte Fall eintritt. Würde der Versicherte gesäumt haben, Alles, was in seinen Kräften stand, anzuwenden, um die Größe des Schadens zu vermindern, so würde derjenige Nachtheil, den er hätte verhüten können, als ein von ihm verschuldeter anzusehen, und daher nicht zu vergüten sein. Im Uebrigen ist es in der Regel gleichgiltig, ob der Schade durch bloßen Zufall (z. B. unabwendbare Elementarereignisse), oder durch das Verschulden eines Dritten, für welchen der Versicherte nicht zu haften hat (§§. 1310 u. ff.) herbeigeführt wurde. Jedoch enthalten die Vertragsbestimmungen nicht selten hiervon bedeutende Abweichungen; so pflegen z. B. die Brandassecuranzen für Feuerschäden, die in Kriegszeiten unmittelbar durch Belagerungen, Ueberfälle, Angriffe und Vertheidigung, Rückzug und Verfolgung der Truppen, überhaupt durch militärische Bewegungen entstehen, nicht zu ersetzen *).

c) Der zu ersetzende Schade muß endlich durch jene Unfälle herbeigeführt worden sein, deren Gefahr der Versicherer übernommen hat. Würde also z. B. eine gegen den Hagelschlag versicherte Ernte durch eine Ueberschwemmung vernichtet, so könnte kein Ersatz dafür angesprochen werden; eben so wenig wäre ein solcher Anspruch begründet, wenn ein gegen Feuerschäden assecurirtes Gebäude durch die Explosion eines nahegelegenen Pulverthurmes — nicht angezündet, sondern — zertrümmert wurde **). Dagegen ist es nicht nothwendig, daß die Beschädigung unmittelbar durch jene Naturkraft erfolgt, gegen deren Wirkung die Assecuranz gerichtet erscheint, sondern es kömmt auch jener Schade zu ersetzen, den die zur Unterdrückung des eingetretenen Unfalles in Anwendung gebrachten Maßregeln verursacht haben. So ersetzen die Brandversicherungsanstalten nicht nur den Werth der unmittelbar durch Feuer zerstörten (der verbrannten) Gegenstände, sondern auch jenen Schaden, den das zum Löschen einströ-

---

*) Vgl. den interessanten Rechtsfall über die Frage, was unter Krieg zu verstehen sei, in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1852, Nr. 71, und in Haimerl's Mag. Bd. 5, S. 307.

**) Vgl. auch den o. a. Aufsatz von W. z. ch. S. 261.

mende Wasser anrichtete, oder der durch das s. g. Vorbrechen, d. i. das Einreißen einer Mauer, eines Dachstuhles, um dem weiteren Umsichgreifen des Feuers Einhalt zu thun, herbeigeführt wurde, vorausgesetzt, daß die letzterwähnte Maßregel auf Befehl der dazu competenten Behörde erfolgte, oder unumgänglich nothwendig war.

4) Gegenstand des zu leistenden Ersatzes ist der wirklich entstandene Schade, wofern im Vertrage dießfalls nichts anderes verabredet wurde, welcher daher auch, wie schon oben (S. 505) angedeutet worden, auf die entsprechende Weise auszumitteln kömmt. Hierzu gehört aber nicht bloß der Nachtheil, den der Versicherte durch den Untergang des versicherten Gegenstandes leidet, sondern auch andere damit im nothwendigen Zusammenhange stehenden Auslagen, wie die Löschkosten bei Bränden, die wenn gleich fruchtlos aufgewendeten Heilungskosten eines gefallenen Thieres bei Assecuranzen gegen Viehsterben u. dgl. — Die Entschädigung erfolgt gemeiniglich in einem bestimmten Geldbetrage (der §. 1290 sagt deßhalb am Schlusse: „die versicherte Summe"), und es kann ohne ein besonderes Uebereinkommen, wie es scheint, nichts Anderes gefordert werden, z. B. daß der Versicherer anstatt des gefallenen Viehstückes ein gleiches liefere, oder daß er das durch Feuer zerstörte Gebäude selbst aufbaue. Eine solche Art des Schadenersatzes würde leicht zu vielfältigen Streitigkeiten Anlaß geben. — Anderseits ist auch der Versicherte, wenn dieß nicht im Vertrage ausdrücklich bestimmt ist, keineswegs verpflichtet, den zerstörten Gegenstand wieder herzustellen, also z. B. das abgebrannte Gebäude wieder aufzubauen *).

5) Der Anspruch des Versicherten auf die Leistung des Ersatzes von Seite des Versicherers ist kein Entschädigungsanspruch; er gründet sich nicht auf die erlittene Beschädigung — diese ist nur eine Bedingung, von deren Eintritt die Geltendmachung desselben abhängig ist — sondern auf den abgeschlossenen Vertrag. Die Entschädigungsklage kann nur gegen den Beschädiger (§. 1295) oder gegen jene Personen erhoben werden, die für ihn zu haften haben (§§. 1312 u. ff.); der Versicherer ist aber weder das eine noch das andere; die gegen ihn gerichtete Klage ist also lediglich eine Klage auf Erfüllung des Vertrages, und deßhalb der

---

*) Allerdings bildet eine solche Verpflichtung häufig den Gegenstand einer besonderen Vertragsbedingung; auch verfügt das, freilich nicht in allen Kronländern des österr. Kaiserstaates kundgemachte Hfkzldec. vom 18. Juli 1828, Nr. 2354 der J. G. S., daß die den Inhabern assecurirter Gebäude von den Feuerassecuranzen zu leistenden Brandschadenvergütungen weder durch Cessionen, noch durch gerichtliche Verbote oder Executionsführungen ihrem Zwecke zur Wiederstellung der durch Feuer beschädigten Gebäude entzogen werden dürfen, und daß die Hypothekargläubiger berechtigt sind, zu verlangen, daß diese Entschädigungen auf die wirkliche Wiederherstellung des Gebäudes verwendet werden. Vgl. auch §. 465 der ungar. und siebenb. C. P. O., und Bd. 2, S. 13 d. W.

allgemeinen Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§. 1479), und nicht dem kürzeren Verjährungstermine, den der §. 1489 für Entschädigungsklagen festsetzt, unterworfen *).

§. 1292.

8) Bodmerei- und See-Assecuranzen.

Die Bestimmungen in Rücksicht der Versicherungen zur See, so wie die Vorschriften über den Bodmereivertrag sind ein Gegenstand der Seegesetze.

1) Eine besondere Gattung von Assecuranzen bilden die See-Assecuranzen, wodurch Jemand die mit einer Seefahrt verbundenen Gefahren auf sich nimmt, und für den Schaden, welcher die Sachen eines Andern ohne dessen Verschulden dadurch treffen könnte, gegen einen gewissen Preis (die Prämie) Ersatz zu leisten verspricht. Die Bestimmungen darüber sind in den besonders bestehenden Seegesetzen enthalten. Als solche erscheinen bei uns hauptsächlich das Editto politico di navigazione mercantile vom 25. April 1744 (in Ungarn kundgemacht zu Folge Hofrescr. v. 29. Juli 1803), dann der Codice di Commercio in den bezüglichen Stellen (Art. 332—436) **).

2) Der Bodmereivertrag (cambio marittimo) ist ein Vertrag, durch welchen das Schiff, oder die Ladung, oder beide zugleich, für ein Darlehen in der Art verpfändet werden, daß der Gläubiger seiner Forderung in so weit verlustig werden solle, als das Pfand während der Reise durch Seeunfälle zu seiner Befriedigung unzulänglich wird oder zu Grunde geht. Der Vertrag hat Aehnlichkeit mit dem foenus nauticum der Römer ***), und findet seine Bestimmung ebenfalls in den Seegesetzen, insbesondere in den Art. 311—331 des Codice di Commercio.

---

*) Dierl (Dr. L. A.), Civilrechtsfall, als Beitrag zu den Versicherungsverträgen (Jurist. Bd. 3, S. 37). — Koller (Dr. L.), über die Verjährung der Klagen gegen Versicherungsanstalten auf Leistung des Schadenersatzes (allg. öst. Ger.-Ztg. 1852, Nr. 124).

**) Vgl. Reale (Dr. Gg.), del Diritto commerciale e maritimo secondo le leggi austriache ed italiche etc. Pavia, 1828. — Frhr. v. Locella, das österr. Privat-Seerecht (in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1854, Nr. 4—8 u. 22—24.) — Insbesondere über Seeassecuranzen: Cotta-Morandini, Principj intorno alle assecurazioni marittime. Pavia, 1822. — Foramiti (Fr.), Manuale teorico-pratico delle assecurazioni marittime. Pavia, 1843.

***) Mittermaier, a. a. O. §. 310. — Puchta, a. a. O. §. 304.

Dreißigstes Hauptstück.

Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung.

§. 1293.

Schade heißt jeder Nachtheil, welcher Jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den Jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat. Schade.

1) Der §. 859 des a. b. G. B. führt unter den Quellen der persönlichen Sachenrechte auch die erlittene Beschädigung auf, von welcher nun ausführlich in dem 30. Hauptstücke des II. Thls. unsers b. G. B. gehandelt wird *). Die Einleitung hierzu bildet die Aufstellung des Begriffes von Schaden (§. 1293) und die Angaben der Quellen der Beschädigung (§. 1294).

2) Das römische Recht beschränkte den Begriff des Schadens auf die Verringerung des Vermögens einer Person **), und diesem Vorgange folgte auch noch der Entwurf zu unserem a. b. G. B., während letzteres selbst unter „Schaden" jede Verminderung versteht, welche Jemand an seinem Vermögen, an seinen Rechten oder an seiner Person erleidet. Da Vermögen und Rechte einander gegenüber gestellt werden, so scheint der erstere Ausdruck die körperlichen, der zweite die unkörperlichen Sachen, die Jemandem zugehören, zu bedeuten (§. 353); der Nachtheil an der Person kann aber das Leben oder die körperliche Integrität (§§. 1325—1328), die Freiheit (§. 1329), oder die Ehre (§. 1330) betreffen. Hiermit ist übrigens die Zahl der Güter, welche eine Verringerung erleiden können, nicht erschöpft; so kann z. B. durch Verführung zu strafbaren Handlungen das sittliche Gefühl im Menschen erstickt, so kann durch Vernachlässigung des Unterrichtes, der Erziehung, die Entwicklung seiner geistigen Fähigkeiten gehindert, so kann Jemand durch Schreck oder Mißhandlung seines Verstandesgebrauches beraubt werden; und dennoch erwähnt das Gesetz solcher Beschädigungen gar nicht, vermuthlich deßhalb, weil sie eigentlich

---

*) Scheidlein (G. Edler v.), über das 30. Hauptstück des a. b. G. B. von dem Rechte des Schadenersatzes, in dessen Miszellen, 4. Heft. Wien 1822. — Zugschwert (Dr. J.), das Recht des Schadens und der Genugthuung nach den österreichischen Gesetzen versuchsweise dargestellt. Wien, 1837. — Gioja (M.), Dell' ingiuria, dei danni, soddisfacimenti e relative basi di stima avanti i tribunali civili. Milano, 1829.

**) Dr. Esmarch, die Lehre vom Schadenersatz, in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 6.

keinen Ersatz — um dessentwillen lediglich die Lehre von der Beschädigung im Civilrechte behandelt wird — zulassen; ja, wie sich aus der weiteren Darstellung zeigen wird, tritt überhaupt auch bei den Fällen, deren das Gesetz ausdrücklich erwähnt, die vermögensrechtliche Seite in den Vordergrund. So verfügt z. B. der §. 1330 bei Ehrenbeleidigungen nicht die Abbitte oder den Widerruf, durch den eigentlich der an der Ehre zugefügte Schade getilgt werden könnte, sondern den Ersatz des materiellen Nachtheiles oder entgangenen Gewinnes, der dadurch herbeigeführt wurde.

3) Der Schade ist die Differenz zwischem dem Zustande, in dem sich das Vermögen (die Rechte oder die Person eines Menschen) in einem bestimmten Zeitpunkte befindet, und demjenigen, in dem es sich befinden würde, wenn ein gewisses Ereigniß (die Beschädigung) nicht eingetreten wäre. Dieser Unterschied kann nun darin bestehen, daß an den Gütern, welche Jemand schon wirklich besaß, eine Verringerung eintritt (wirklicher, positiver Schade, damnum emergens) *), oder daß er einen Vortheil nicht erlangt, den er nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hatte (Entgang des Gewinnes, lucrum cessans, lucrum interceptum) **).

4) Der Schade kann eine unmittelbare oder mittelbare Folge des denselben herbeiführenden Ereignisses (der Beschädigung) sein; so kann z. B. Jemand durch einen Schlag unmittelbar an seinem Körper verletzt, es kann aber auch dadurch in Folge einer hinzutretenden ungeschickten ärztlichen Behandlung der Tod des Verletzten herbeigeführt werden, welch' letzterer sich sohin als die mittelbare Folge jener Beschädigung darstellt.

§. 1294.

Quellen der Beschädigung.

Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Anderen, oder aus einem Zufalle. Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich theils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen; theils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. Beides wird ein Verschulden genannt.

In Hinsicht auf die Quelle der Beschädigung (die wirkende Ursache) ist der Schade entweder I. ein zufälliger (damnum casuale) oder II. ein

*) Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt. fr. 3. Dig. de damn. inf. (39, 2).

**) Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, i. e quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. fr. 13. pr. Dig. rat. rem etc. (46, 8).

freier (damnum liberum). Jener wird durch eine, in den physischen Gesetzen der Natur gegründete Ereignung (z. B. Hagelschlag, Ueberschwemmung, auch durch Thiere) veranlaßt (s. §§. 1311, 1312, dann 1320—1322), dieser durch Handlungen (Freiheitsäußerungen) eines Menschen, mögen sie in einem Thun (positive Handlungen) oder in einem Unterlassen (negative Handlungen) bestehen. Die Handlung, welche den Schaden verursacht, kann 1) von dem Beschädigten selbst, oder 2) von einem Andern unternommen worden sein *); und zwar A) entweder in Ausübung eines Rechtes (damnum indirectum, s. §. 1305) **), oder B) vermöge eines Eingriffes in die fremde Rechtssphäre (damnum directum seu injuria datum). Die widerrechtliche Handlung ist ferner a) eine unwillkürliche (schuldlose), die dem Handelnden nicht zugerechnet werden kann (wie wenn sie in einer Sinnesverwirrung, im Schlafe u. dgl. unternommen wurde; §§. 1306—1310), oder b) eine willkürliche, in einem Verschulden (culpa im weitern Sinne) gegründete. Hierbei kann endlich aa) die Absicht des Handelnden auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtet sein (dolus), es mag die Triebfeder dann bloße Rachsucht oder Schadenfreude, oder aber Eigennutz, Gewinnsucht oder eine andere Neigung gewesen sein, wenn die Handlung nur mit Wissen und Willen begangen wurde; — oder es kann dieselbe bb) in einem bloßen Versehen (culpa im engern Sinne) ihren Grund haben, worunter man die Vernachlässigung jener Sorgfalt versteht, durch welche der entstandene Schade hätte abgewendet werden können. Als Arten des Versehens bezeichnet das Gesetz α) die schuldbare Unwissenheit, wenn der Handelnde die Widerrechtlichkeit seiner That bei reiflicherer Erwägung zu erkennen im Stande gewesen wäre; β) den Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, wenn bei letzterer die schädliche Handlung unterblieben wäre, und γ) den Mangel des gehörigen Fleißes (ommissio diligentiae), wenn Jemand eine Handlung, die ihm nach dem Gesetze oder in Folge eines Vertrages oblag, vorzunehmen unterließ.

§. 1295.

Jedermann ist berechtiget, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Von der Verbindlichkeit zum Schadenersatze; 1) von dem Schaden aus Verschulden;

1) Es ist ein aus der Natur des Rechtes fließender, und von allen positiven Gesetzgebungen anerkannter Grundsatz, daß der Beschädiger den=

*) Des ersten Falles erwähnt unser Gesetz nicht insbesondere, weil sich daraus kein Anspruch auf Ersatz des Schadens ergibt, da Jedermann den Schaden, den er sich selbst zugezogen hat, auch allein tragen muß, wie aus den §§. 1295, 1304 und 876 hervorgeht. Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 8, I, S. 81.

**) Vgl. fr. 26. Dig. de damn. infect. (39, 2), fr. 55, 151 u. 155. §. 1. Dig. de reg. jur. (50, 17).

jenigen Schaden ersetzen müsse, den er durch eine widerrechtliche, willkürliche mit böser Absicht unternommene Handlung (dolus) verursacht hat, mag dieß in oder außer einem Vertragsverhältnisse geschehen sein.

2) Weniger Uebereinstimmung der Ansichten herrscht bezüglich der Ersatzpflicht bei bloß culposen Handlungen. Die gemeine Theorie des römischen Rechts, wie sie zur Zeit der Abfassung unseres a. b. G. B. verbreitet war *), unterscheidet einen dreifachen Grad des Versehens, ein grobes, mittleres und geringstes (culpa lata, levis, levissima), je nachdem man denjenigen Fleiß unterläßt, welchen alle Einwohner, oder welchen doch gute Hauswirthe, oder den wenigstens die achtsamsten anzuwenden pflegen. Nach diesem Unterschiede — meinte man — hafte in Vertragsverhältnissen jeder insgemein für das mittlere Versehen; wenn aber aus einem Vertrage auf den einen Theil aller Vortheil, auf den andern aller Nachtheil falle, so stehe jener sogar für das geringste, dieser hingegen bloß für das grobe Versehen. Dagegen müsse ein außer Vertragsverhältnissen bewirkter Schade ohne Unterschied des Verschuldens stets ersetzt werden. Ein richtigeres Verständniß der römischen Rechtsquellen hat seither wohl zur Ueberzeugung geführt **), daß man nur eine culpa lata und eine levis zu unterscheiden habe. Jene ist dann vorhanden, wenn man es an der Vorsicht und Behutsamkeit eines gewöhnlichen Menschen, ohne besondere Geistesgaben ermangeln läßt ***); diese tritt ein, wenn man jene Sorgfalt nicht anwendet, welche ein sorgsamer und verständiger Hausvater bei der Verwaltung seiner Angelegenheiten anzuwenden pflegt †). Ausnahmsweise tritt endlich noch eine eigenthümliche Beurtheilung ein, wenn statt eines absoluten (culpa in abstracto) ein relativer Maaßstab (culpa in concreto) an das Verfahren einer Person angelegt, und von ihr jene Art und Weise der Behandlung gefordert wird, die sie bei ihren eigenen Angelegenheiten eintreten zu lassen pflegt ††).

3) Unser Gesetzbuch ist nun von den Principien des römischen Rechtes in doppelter Beziehung abgewichen. Es macht nämlich einerseits keinen Unterschied zwischen Beschädigungen, die in, und jenen, die außer einem Vertragsverhältnisse eingetreten sind, und es unterscheidet ferner nicht zwischen mehreren Graden des Verschuldens. Zeiller †††) sucht diese Einförmigkeit des im §. 1295 aufgestellten Grundsatzes damit zu rechtfertigen, daß er bemerkt, schon nach natürlichem Rechte sei Jedermann befugt, von dem Andern zu fordern, daß seine Rechte weder außer noch in Vertragsverhältnissen, es sei durch ein Factum oder durch eine rechtswidrige Unter-

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 704.

**) Puchta, a. a. O. §. 266. — Thibaut, a. a. O. §. 143.

***) Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. fr. 213. §. 2. Dig. de verb. sign. (50, 16), und an vielen Orten.

†) Ea . . . quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. fr. 14. Dig. de pign. act. (13, 7) u. a. m.

††) Sufficit . . . talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. §. ult. Inst. de soc. (3, 25).

†††) Comment. Bd. 3, S. 706.

lassung, verletzt werden; Jedermann sei also auch berechtigt, zu fordern, daß eine ihm bereits zugefügte Beleidigung oder Beschädigung nicht weiter fortgesetzt werde; sie dauert aber so lange fort, bis der vorige Zustand hergestellt und der Schade ersetzt worden ist. Ueberdieß verlangt das Gesetz nicht die höchste Aufmerksamkeit, weil im Staate, wo ein stetes geselliges Wechselwirken, und ein allgemeiner, die Industrie belebender Verkehr stattfinden soll, Jedermann in steter Sorge schweben müßte, der Person oder dem Eigenthume eines Andern zu nahe zu kommen, und eines unvorsichtigen Schrittes wegen zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn er überall schon für das geringste Versehen einstehen müßte. Wenn also auch der §. 1295 aussagt, daß Jedermann für sein Verschulden hafte, so kommt es doch erst darauf an, welche Handlungen und Unterlassungen, oder welches Versehen das Gesetz zum Verschulden anrechne, wovon erst in den folgenden Paragraphen die Rede ist, bei deren Erörterung sich zeigen wird, daß unsere Gesetzgebung sich mit dem gewöhnlichen Grade des Fleißes begnügt, indem sie die Einwohner nicht nach einem hohen, abstracten Ideale, sondern nach dem, wie sie im Allgemeinen beschaffen sind, beurtheilt *). In diesem Sinne ist denn auch der Vormund oder Curator nach §. 228 verpflichtet, das Vermögen seines Pupillen oder Curanden mit aller Aufmerksamkeit eines redlichen und fleißigen Hausvaters zu verwalten; und ebenso ist nach §. 513 der Fruchtnießer verbunden, die dienstbare Sache als ein guter Haushälter in dem Stande, in welchem er sie übernommen hat, zu erhalten, und aus dem Ertrage Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen.

4) Uebrigens kennt das Gesetz allerdings einen höhern Grad des Verschuldens, den es mit dem Ausdrucke der „auffallenden Sorglosigkeit" bezeichnet, und von welchem das Maß des Schadenersatzes abhängig ist, wie sich bei der Erörterung des §. 1324 zeigen wird.

§. 1296.

Im Zweifel gilt die Vermuthung, daß ein Schade ohne Verschulden eines Anderen entstanden sei.

§. 1297.

Es wird aber auch vermuthet, daß jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Wer bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines Anderen entsteht, diesen Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit unterläßt, macht sich eines Versehens schuldig.

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 712.

§. 1298.

Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob.

1) Zur Begründung der Schadenersatzforderung ist vor Allem der Beweis eines wirklich eingetretenen (nicht bloß drohenden) Schadens oder Gewinnst-Entganges nothwendig; und zwar liegt dieser Beweis dem Beschädigten ob, da die Verringerung seines Vermögens, die Verschlimmerung seines Zustandes eine Thatsache ist, die schon nach allgemeinen processualischen Regeln von demjenigen dargethan werden muß, der ein Recht für sich daraus ableitet *).

2) Es muß aber auch weiter nachgewiesen werden, daß der Schade die unmittelbare oder mittelbare Folge einer fremden Handlung oder Unterlassung sei, da der Beschädigte für den Schaden, den er sich selbst zugezogen hat, oder der sich durch einen bloßen Zufall ereignete, wie schon oben S. 511 bemerkt wurde, keinen Ersatz ansprechen kann.

3) Ein weiterer Gegenstand des Beweises ist die Widerrechtlichkeit der den Schaden begründenden Handlung oder Unterlassung, da der aus dem Gebrauche eines Rechtes entstandene Nachtheil nicht verantwortet zu werden braucht (§. 1305) **). Dagegen kann der Beweis der Willkürlichkeit der in Frage stehenden Handlung dem Beschädigten nicht aufgebürdet werden, da vielmehr der Natur der Sache nach jede Handlung eines Menschen so lange als eine von seiner Willkür ausgehende angesehen werden muß, bis das Gegentheil dargethan ist. Eine unwillkürliche Handlung setzt nämlich entweder einen Mangel an dem gehörigen Gebrauche der Verstandeskräfte, der (nach den §§. 172, 251, 273, 566 und 865) nicht vermuthet werden kann, oder einen Umstand voraus, der in dem bestimmten Falle die Willkür des Handelnden aufhebt. Das Vorhandensein eines solchen Umstandes kann aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ebenfalls nicht vermuthet, sondern muß von demjenigen, der sich darauf beruft, erwiesen werden ***).

4) Endlich ist, damit von einem Ersatzanspruche die Rede sein könne, noch weiters nothwendig, daß die Beschädigung in einem Verschulden des Beschädigers begründet sei (§. 1295). Hinsichtlich der Beweislast

---

*) Die Frage, ob zur Begründung des Anspruches auf Verzugszinsen außer dem Nachweise der Zahlungs-Verzögerung auch noch der Beweis eines erlittenen Schadens nothwendig sei, wird beim §. 1333 erörtert werden.

**) Nippel (Erläut. Bd. 8, I, S. 89) meint zwar, daß derjenige, welcher die Rechtlichkeit einer Handlung, die an und für sich die Merkmale der Unrechtlichkeit in sich begreift, behauptet, jene Umstände nachweisen müsse, welche unter den gegebenen Verhältnissen die Rechtlichkeit derselben darstellen; allein es scheint uns hierin eine petitio principii zu liegen; denn daß eine Handlung „die Merkmale der Unrechtlichkeit in sich begreife" müßte unseres Erachtens eben von demjenigen bewiesen werden, der dieß behauptet, da eine Unrechtlichkeit von Niemandem vermuthet werden kann (§. 17).

***) Nippel, Erläut. Bd. 8, I, S. 89.

kömmt hier zu unterscheiden, ob die Forderung des Schadenersatzes sich auf eine schon bestehende (vertragsmäßige oder gesetzliche) Verbindlichkeit gründet, an deren Erfüllung der Gegner ohne sein Verschulden verhindert zu sein behauptet, oder ob dieß nicht der Fall ist. Unter der erstgedachten Voraussetzung muß der Verpflichtete die Abwesenheit des von ihm zu prästirenden Verschuldens (die schuldlose Unmöglichkeit der Leistung) beweisen *). Diese setzt nämlich ein eingetretenes Hinderniß voraus, welches, es mag in einer Naturereignung (einem Zufalle), oder in der Handlung eines Dritten bestehen, eine Thatsache ist. Da nun alle Thatsachen bewiesen werden müssen, so muß auch das der Erfüllung der Verbindlichkeit im Wege gestandene Hinderniß bewiesen werden. Geschieht dieß nicht, so ist anzunehmen, es sei kein derartiges Hinderniß vorhanden, also die Erfüllung der Verbindlichkeit möglich gewesen, und wenn sie dennoch unterblieb, kann eben nur ein Verschulden des Verpflichteten zum Grunde liegen **). Tritt dagegen die obige Voraussetzung nicht ein, rührt also die Beschädigung nicht von dem Unerfülltbleiben einer vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit her, so trifft die Last des Beweises vielmehr den Beschädigten, da es schon dem Rechte auf Unbescholtenheit widersprechen würde, von Seite des Beschädigers ein Verschulden anzunehmen (§§. 17, 323 und 328); und da dieses eben wieder auf Thatsachen beruht, welche von demjenigen dargethan werden müssen, der sie zu seinen Gunsten anführt ***).

5) Die Schwierigkeit dieses Beweises wird durch die im §. 1297 aufgestellte Vermuthung gemildert, welche ganz der Natur der Sache entspricht, da das Gesetz ohnehin nur jenen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit fordert, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann, bei dessen Beurtheilung der Richter, wie Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 711) bemerkt, theils auf sein eigenes inneres Bewußtsein, theils auf die, durch den Gemeinsinn und das allgemeine Betragen der Mitbürger gegebene äußere Erfahrung Rücksicht zu nehmen hat, während die s. g. diligentia in concreto (s. oben S. 512) beinahe unerforschlich bliebe, und wenn sie gefordert würde, den gewöhnlichen achtsamen Bürger in eine schlimmere Lage versetzte, als den leichtsinnigen, unachtsamen. Da übrigens der §. 1297 nur eine Vermuthung aufstellt, so ist der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß dem Beschädiger selbst jenen gewöhnlichen Grad des Fleißes anzuwenden (z. B. wegen Schwachsinnes, wegen Krankheit u. dgl.) nicht möglich war.

*) Probatio . . . non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, quum acciperentur, sed magistratibus, et doceant eos solvendo fuisse. fr. 1. §. 13. Dig. de mag. conv. (27, 8). — Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur; sed si culpae reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus, se perdidisse, quanti debitoris interest, condemnari debet. const. 5. Cod. de pign. act. (4, 24).

**) Scheidlein, a. a. O. S. 25.

***) Arg. aus const. 4. Cod. de edendo (2, 1). Actore . . . non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.

§. 1299.

insbesondere a) der Sachverständigen;

Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennet, oder wer ohne Noth freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt, oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.

1) So wie von Jedermann gefordert werden kann, daß er jenen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit anwende, den ein Mensch bei gewöhnlichen Fähigkeiten anzuwenden vermag, so ist es vollkommen gerechtfertigt, von demjenigen, der sich öffentlich zu einem Amte, einer Kunst oder einem Gewerbe bekennt, welches besondere Sachkenntnisse, und in seiner Ausübung einen besondern Fleiß verlangt, zu fordern, daß er jene Kenntnisse besitze, und jene Aufmerksamkeit anwende, welche bei seinen Fachgenossen überhaupt vorausgesetzt zu werden pflegt *). Ihnen gegenüber ist daher der geforderte Fleiß ein gewöhnlicher, und somit die Anordnung des §. 1299 streng genommen keine Ausnahme, sondern vielmehr eine consequente Durchführung des im §. 1297 aufgestellten Princípes, wiewohl im Vergleiche mit andern Menschen, die nicht zur Kategorie der Kunst- oder Sachverständigen gehören, der geforderte Fleiß als ein ungewöhnlicher, außerordentlicher erscheinen mag.

2) Die in Frage stehende Haftung trifft zunächst nur jene Personen, die sich öffentlich zu einem bestimmten Erwerbe bekennen; also durch Ankündigung in den Zeitungsblättern, oder auf sonst übliche Weise (z. B. durch einen Aushängeschild u. dgl.) zu erkennen geben, daß sie derlei Geschäfte besorgen, welche eine besondere Sachkenntniß voraussetzen, wie dieß z. B. bei Aerzten, Rechtsfreunden und bei den verschiedenartigsten Gewerbsleuten der Fall ist. Die Beschädigungen, welche durch die Unwissenheit solcher Personen herbeigeführt werden, können übrigens auch eine strafbare Handlung begründen, wie dieß z. B. bei den Aerzten der Fall ist, die bei der Behandlung eines Kranken solche Fehler begehen, daß daraus dessen Tod oder eine schwere körperliche Beschädigung erfolgt (§. 356 des St. G. B.), oder bei Wundärzten, die durch eine ungeschickte Operation die erwähnten Folgen herbeiführen (§. 357 ebd.), oder bei Baumeistern,

---

*) Procolus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem. — Idem juris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuit, et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intelligitur. fr. 7. §. 8, und fr. 8 pr. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2).

durch deren Unkenntniß der Einsturz eines Gerüstes oder eines Gebäudes verursacht wird (§. 383—385 ebd.) u. a. m. Ingleichen können sich derlei Personen durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Verpflichtungen einer in dem Strafgesetze verpönten Handlung schuldig machen, wie z. B. die Apotheker bei einer falschen Bereitung oder Verwechslung der Arzneien (§§. 349—353 d. St. G. B.), die Heil- und Wundärzte bei Vernachlässigung eines Kranken (§. 358 ebd.), die Rauchfangkehrer wegen unterlassener Fegung der Schornsteine (§. 444 ebd.) u. dgl. m.

3) Ein anderer, im §. 1299 vorgesehener Fall tritt dann ein, wenn Jemand, der sich nicht öffentlich zu einem bestimmten Amte oder Gewerbe bekennt, ein Geschäft unternimmt, zu welchem besondere Fachkenntnisse gehören, und das in der Regel nur solchen Personen anvertraut zu werden pflegt, die aus der Besorgung solcher Angelegenheiten einen eigenen Erwerb machen. Hier muß unterschieden werden, ob ein Nothfall vorhanden war oder nicht. Uebernimmt Jemand im Falle der Noth — weil z. B. eben kein Sachverständiger zur Hand war — die Besorgung eines solchen Geschäftes, so kann, wie wir schon oben S. 231 angedeutet haben, ein derartiges Einschreiten nicht mißbilligt, also dem Geschäftsführer keine (wenigstens für ihn) außergewöhnliche Haftung auferlegt werden, da auch bei Ermanglung der eigenen Kunstkenntnisse und des erforderlichen Fleißes der Schade, welcher dem Eigenthümer aus der Führung des Geschäfts erwächst, doch so groß sein dürfte, als derjenige wäre, den er zu erleiden gehabt hätte, wenn das Geschäft von gar Niemanden übernommen worden wäre *). — War dagegen kein Nothfall vorhanden, so bleibt es bei der Regel des §. 1035, daß sich Niemand unberufen in das Geschäft eines Andern einmengen soll; und ebenso hat in einem solchen Falle der Geschäftsführer die höheren Kenntnisse und den ungewöhnlichen Fleiß derjenigen Kunst- oder Sachverständigen zu vertreten, denen das in Frage stehende Geschäft gewöhnlich anvertraut zu werden pflegt. Zugleich kann auch hier wieder durch die Einmengung in solche Geschäfte eine strafbare Handlung begangen werden, wie bei der unbefugten Ausübung der Arznei- oder Wundarzneikunst als Gewerbe nach §. 343 des St. G. B. u. a. m.

4) Eine Modification in dem eben entwickelten Grundsatze tritt dann ein, wenn derjenige, welcher dem Unerfahrenen das Geschäft, bei welchem er beschädiget wurde, überließ, die Unkenntniß oder den mindern Fleiß desselben wußte, oder doch bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen konnte. Hier trifft nämlich auch den Beschädigten ein Versehen, und es kömmt demnach die Vorschrift des §. 1304 zur Anwendung, vermöge welcher beide Theile verhältnißmäßig den Schaden zu tragen haben. Doch gilt dieß nur von jenem Nachtheile, der durch den Mangel der besonderen Fachkenntnisse und des außerordentlichen Fleißes herbeigeführt wurde, da kein Grund vorhanden ist, in der Haftung für die gewöhnliche Aufmerksamkeit, die nach §. 1297 von Jedermann gefordert wird, eine Aenderung eintreten zu lassen. Uebrigens kann auch denjenigen, der sich wissentlich

*) Scheidlein, a. a O. S. 31.

eines unerfahrenen Individuums bedient, eine Strafe treffen, wie z. B. bei einem ohne die Hilfe eines Baumeisters unternommenen Bau (§§. 440 u. 441 d. St. G. B.) u. dgl. m.

§. 1300.

Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachtheiligen Rath ertheilet. Außer diesem Falle haftet ein Rathgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Ertheilung des Rathes dem Anderen verursacht hat.

1) In der Regel kann Niemand für einen Rath, den er aufgefordert oder unaufgefordert einem Andern ertheilt hat, verantwortlich gemacht werden, da es demjenigen, dem der Rathschlag ertheilt wurde, immerhin freistand, denselben zu prüfen, und ihn zu befolgen oder unbefolgt zu lassen. Die Ursache der Beschädigung ist also zunächst doch nur die eigene Handlung des Beschädigten, deren Folgen er sich selbst zuzuschreiben hat. Eine Ausnahme tritt jedoch dann ein, wenn der Rathgeber arglistig handelte, indem er wußte, daß sein Rath, oder eigentlich die nach demselben eingerichtete Handlung oder Unterlassung des Andern für diesen einen Schaden herbeiführen werde *). Scheidlein (a. a. O. S. 34) behauptet, daß auch hier ein aus grobem Versehen ertheilter Rath einem aus bösem Vorsatz ertheilten gleichgehalten werden müsse, weil sonst der böse Vorsatz mit dem Vorgeben eines Versehens leicht bemäntelt werden könnte; uns scheint dieß aber nur in so weit richtig zu sein, als die Vermuthung des §. 1297 reicht, so daß der Gegenbeweis eines wirklichen bloßen Versehens nicht ausgeschlossen erscheint.

2) Dem Ertheilen eines Rathes müßte der Natur der Sache nach wohl auch die Aneiferung zur Befolgung eines fremden Rathschlages, oder die Anempfehlung (z. B. des Ankaufes einer Sache, oder der Abschließung eines Darlehensvertrages mit einem Dritten) gleichgehalten werden **).

3) Bei Sachverständigen bildet die Ertheilung von Rathschlägen oft einen Hauptbestandtheil ihrer Thätigkeit (wie dieß z. B. bei Aerzten, Rechtsfreunden u. dgl. der Fall ist), daher ihnen das Gesetz in Uebereinstimmung mit dem, im §. 1299 ausgesprochenen Grundsatze auch hier eine

---

*) Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit. fr. 47. pr. Dig. de reg. jur. (50, 17).

**) Idem Pomponius refert: Caecidianum Praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui affirmaverat, idoneum esse eum, cui mutuo pecunia dabatur. Quod verum est, nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari. — Quodsi, quum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia affirmasti, mihi idoneum esse, merito adversus te, quum mei decipiendi gratia alium false laudasti, de dolo judicio dandum est. fr. 7. §. 10, und fr. 8. Dig. de dolo malo. (4, 3).

strengere Verpflichtung auferlegt, vermöge welcher sie nicht bloß für einen arglistig ertheilten Rath, sondern auch für ein dabei begangenes Versehen zu haften haben; und zwar würde sie schon der Mangel der besonderen, bei ihren Fachgenossen gewöhnlichen Aufmerksamkeit verantwortlich machen (s. oben S. 516). Doch wird hierbei vorausgesetzt, daß der Rath a) eben in Angelegenheiten der betreffenden Kunst oder Wissenschaft ertheilt worden sei, und b) daß der Rathgeber eine Belohnung dafür bekommen, oder zugesichert erhalten habe, mag dieß von dem Empfänger des Rathes selbst, oder von einem Dritten (z. B. einem Fabriksherrn, der einen Arzt für die Behandlung seines Fabrikspersonales aufnimmt) geschehen sein. Der Grund dieser Anordnung dürfte wohl darin liegen, daß man dem Sachverständigen nicht zumuthen kann, ohne eine entsprechende Vergütung in eine so genaue Untersuchung der obwaltenden Umstände einzugehen, wie sie die Ertheilung eines Rathes fordert, für dessen Folgen man einstehen soll *).

§. 1301.

Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl., oder, auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Uebel zu verhindern, dazu beigetragen haben.

oder b) mehrerer Theilnehmer;

1) Wenn von einem Schadenersatzanspruche die Rede sein soll, muß, wie schon oben S. 510 angedeutet wurde, zwischen dem eingetretenen Schaden und der beschädigenden Handlung ein Causalnexus stattfinden; doch braucht dieser gerade kein unmittelbarer zu sein, es genügt auch ein mittelbarer Zusammenhang, wenn sich nachweisen läßt, daß ohne die in Frage stehende Thätigkeit jene Handlung, durch welche die Beschädigung unmittelbar herbeigeführt wurde, nicht erfolgt wäre. Doch muß

*) Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 720) meint zwar, „der Beisatz, daß der Rath gegen Belohnung ertheilt werde, deute hauptsächlich darauf hin, daß der Rath auf eine vorläufige Aufforderung in einem bestimmten Falle, und unter Vorlegung der näheren Umstände, nicht aber im Allgemeinen, bloß erzählungsweise, in freundschaftlicher Unterredung u. dgl. ertheilt ward; deßhalb würde ein Sachverständiger, z. B. ein Arzt, wenn er kraft gesetzlicher oder eigener Verpflichtung den Dürftigeren auch unentgeltlich einen bestimmten Rath ertheilte, allerdings nach der allgemeinen Vorschrift zu beurtheilen sein.“ Uns scheint aber dieser Auslegung der klare Wortlaut des Gesetzes entgegenzustehen, wiewohl sich nicht leugnen läßt, daß de lege ferenda die Zeiller'sche Ansicht vorzuziehen wäre. — Nippel (Erläut. Bd. 8, I, S. 105) bezieht die Anordnung des §. 1300 nur auf jene Sachverständigen, welche aus der Natur ihres Geschäftsbetriebes nicht verbunden sind, in Angelegenheiten ihrer Wissenschaft oder Kunst Rath zu ertheilen, während er auf jene Sachverständigen, bei denen die Ertheilung solcher Rathschläge einen gewöhnlichen Theil ihrer Beschäftigung ausmacht, den §. 1299 angewendet wissen will; — allein auch hierzu scheint uns im Gesetze kein genügender Anhaltspunkt vorhanden zu sein.

natürlich auch hier vorausgesetzt werden, daß demjenigen, der mittelbar den Schaden bewirkt hat, böse Absicht oder mindestens ein Versehen zur Last falle. Demzufolge kann man auch dadurch verantwortlich werden, daß man durch Einwirkung auf den Verstand (durch Rath, Unterricht u. dgl.) oder auf den Willen (durch Verleitung, Drohung, Befehl, Auftrag, Lob, Zusicherung einer Belohnung u. dgl.) des unmittelbaren Thäters die widerrechtliche Beschädigung (doloser oder culposer Weise) veranlaßt hat, daß man die Werkzeuge und Hilfsmittel zur Begehung derselben herbeigeschafft, oder die Hindernisse aus dem Wege geräumt hat.

2) Den Schaden eines Andern abzuwenden, ist in der Regel Niemand verpflichtet; wohl aber kann aus besonderen Verhältnissen eine solche Verbindlichkeit fließen. So liegt z. B. dem Verwahrer die Pflicht ob, die ihm anvertraute Sache sorgfältig zu verwahren (§. 961); so hat der Vormund das Vermögen seines Mündels mit aller Aufmerksamkeit eines redlichen Hausvaters zu verwalten u. dgl. m. Ist nun ein solches Verhältniß vorhanden, so wird der Verpflichtete allerdings verantwortlich, wenn er es an der erforderlichen Vorsicht ermangeln ließ, um das Uebel, durch welches ein Anderer beschädigt wurde, zu verhüten. Seine Unterlassung ist hier die mittelbare Ursache des entstandenen Schadens, für welchen sohin der Säumige zu haften hat. In wie fern durch derlei Unterlassungen eine strafbare Handlung begangen werden könne, ist in dem Strafgesetzbuche (z. B. im §. 376) enthalten.

3) Da der Mangel alles Verschuldens die Ersatzpflicht aufhebt, so wird der unmittelbare Thäter außer Haftung sein, wenn er die beschädigende Handlung auf Befehl eines Oberen vorgenommen hat, welcher zur Erlassung solcher Aufträge im Allgemeinen befugt ist, sobald nur im concreten Falle auch die vom Gesetze etwa vorgeschriebene Form beobachtet wurde, ohne daß es den Untergebenen zustände, zu untersuchen, ob die Bedingungen vorhanden sind, unter denen der Auftrag als gesetzlich erscheint *). — Ingleichen wird der Machthaber nicht in Anspruch genommen werden können, wenn er von der, in der Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes liegenden Rechtsverletzung keine Kenntniß hatte (z. B. wenn er nicht wußte, daß die Sache, deren Verkauf ihm aufgetragen wurde, von seinem Mandanten nur in Verwahrung genommen wurde) **); — umgekehrt aber wird dem Machtgeber kein Ersatz auferlegt werden können, wenn der Bevollmächtigte die Grenzen seiner Vollmacht überschritten, und dadurch einen Dritten beschädiget hat, ohne daß der Machtgeber dieß mittelst gemeinen Verstandesgebrauchs vorhersehen konnte ***).

§. 1302.

In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Antheile sich

*) Nippel, Erläut. Bd. 8, I, S. 108.
**) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 4, S. 559.
***) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 725.

bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schade vorsätzlich zugefügt worden ist, oder, wenn die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen, so haften Alle für Einen und Einer für Alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die Uebrigen vorbehalten.

1) Ist ein Schade durch die Thätigkeit mehrerer Personen herbeigeführt, deren jede als unmittelbaren Thäter oder als mittelbaren Urheber oder Gehilfen eine Verantwortlichkeit trifft, so entsteht die weitere Frage, nach welchen Antheilen sie diesen Schaden zu ersetzen haben, da ein mehrfacher Ersatz nicht gefordert werden kann, zumal, wenn die Entschädigung einmal geleistet wurde, kein Schade mehr vorhanden ist, es also an der objectiven Grundlage einer weiteren Ersatzforderung gebricht. In dieser Beziehung scheint nun zuvörderst unterschieden werden zu müssen, ob die mehreren Beschädiger im Einverständnisse (gemeinschaftlich, wie §. 1301 sagt) gehandelt haben oder nicht.

2) Im ersten Falle hat das Gesetz weiter unterschieden, ob der Schade ohne Beziehung auf einen Vertrag, oder durch Uebertretung einer Vertragspflicht zugefügt wurde. Ist das erste der Fall, so kömmt abermals zu unterscheiden, ob der Schade vorsätzlich herbeigeführt wurde, oder ob er in einem bloßen Versehen gegründet ist. — Wurde der Schade von mehreren, die unmittelbar oder mittelbar (§. 1301) zusammengewirkt, in böser Absicht herbeigeführt, so kann der Beschädigte von Jedem den Ersatz des ganzen Schadens — jedoch, wie gesagt, immer nur einmal — fordern; es haften hier Alle für Einen und Einer für Alle, und zwar mit Recht, da jeder durch seine Theilnahme an der gemeinschaftlichen Beschädigung mittelbar auch die Handlungen seiner Genossen veranlaßt hat, und deßhalb für sie einstehen muß. Es ist hierbei gleichgiltig, ob sich die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung bestimmen lassen oder nicht, und in welcher Weise ein jeder Beschädiger mitgewirkt habe. Immerhin müßte aber auch die Thatsache der Beschädigung durch den Einzelnen — die wohl von dem Antheile desselben an der Beschädigung unterschieden werden muß — erwiesen sein, wie aus der klaren Anordnung des §. 1296 erhellet.

3) Ist der Schade von mehreren gemeinschaftlich, jedoch nur aus Versehen zugefügt worden, so tritt nicht die gleiche Strenge des Gesetzes ein, es hat vielmehr der Regel nach Jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden zu verantworten. Dieß gilt selbst bei einem groben Verschulden, das in einer auffallenden Sorglosigkeit seinen Grund hat, da das Gesetz hier zwischen den verschiedenen Graden der culpa nicht unterscheidet, und daraus, daß in Beziehung auf das Maß des Schadenersatzes im §. 1324 die auffallende Sorglosigkeit der bösen Absicht gleichgestellt erscheint, noch nicht gefolgert werden kann, daß eine solche Gleich-

stellung auch dort einzutreten habe, wo es sich um die Begründung der Ersatzpflicht handelt *).

4) Eine Ausnahme von dem in Frage stehenden Grundsatze findet dann statt, wenn sich die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung nicht bestimmen lassen. Hier sollte man erwarten, daß nach der Analogie anderer in unserem Gesetzbuche enthaltener Vorschriften, Jeder einen gleichen Theil zu tragen habe; — allein das Gesetz ist strenger, und läßt auch in diesem Falle eine solidarische Haftung aller Beschädiger eintreten **). Immerhin muß aber auch in diesem Falle die (mittelbare oder unmittelbare) Betheiligung jedes Einzelnen an der Beschädigung erwiesen sein, wenn ein Ersatzanspruch gegen ihn geltend gemacht werden soll ***).

5) Wurde in einem der unter Z. 2 und 4 aufgeführten Fälle Einer der Beschädiger zum Ersatze des ganzen Schadens verhalten, so bleibt ihm doch der Anspruch auf Rückersatz gegen die Uebrigen vorbehalten, was schon aus der Anordnung des §. 896 (s. oben S. 68 d. W.) hervorgeht.

6) Des zweiten Hauptfalles, wenn nämlich ein Schade von mehreren Personen ohne Einverständniß herbeigeführt wurde, hat unser Gesetz nicht insbesondere erwähnt. Im Allgemeinen kann kein Zweifel obwalten, daß jeder Einzelne den aus seiner Handlung oder Unterlassung hervorgegangenen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen zu verantworten habe. Wie aber, wenn sich nicht bestimmen läßt, welchen Antheil die Handlung eines Jeden an der eingetretenen Beschädigung habe †)? Wir glauben, daß hier der Schade von Allen, welche dazu beigetragen haben, zu gleichen Theilen getragen werden müsse, weil das Gesetz überhaupt in Fällen, wo sich die einzelnen Antheile nicht bestimmen lassen, die gleiche Vertheilung anordnet — und weil für eine solidarische Haftung kein Grund vorhanden ist.

§. 1303.

In wie weit mehrere Mitschuldner bloß aus der unterlassenen Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu haften haben, ist aus der Beschaffenheit des Vertrages zu beurtheilen.

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 8, I, S. 111.

**) Andere Ausnahmsfälle einer solidarischen Haftung sind oben S. 56 d. W. angeführt.

***) Scheidlein (a. a. O. S. 44) meint zwar, die Einwendung des Einen oder des Andern, daß er keinen Theil an der Beschädigung genommen, würde ihn, wenn er wirklich dessen nicht überwiesen werden könnte, von der Klage nicht befreien, — allein wir glauben, daß schon Nippel (Erläut. Bd. 8, I, S. 113) das Unstichhältige dieser Behauptung gezeigt habe, die sowohl dem Ausspruche des §. 1302 — daß nur diejenigen zu haften haben, die an der Beschädigung Antheil genommen — als dem Grundsatze des §. 1296 zuwiderläuft.

†) Wie wenn z. B. durch die Unvorsichtigkeit zweier Personen, die aber nicht gemeinschaftlich gehandelt, ein Brand entstanden ist.

Ein Schade kann auch dadurch entstehen, daß eine mehreren Personen obliegende Vertragspflicht nicht erfüllt wird (§. 1295). Fällt ihnen hierbei ein Verschulden zur Last (§. 1298), so kömmt hinsichtlich des Ersatzes zu unterscheiden, ob die Mitschuldner zur Erfüllung des Vertrages solidarisch (§. 891) oder nur pro rata parte (§. 889) verpflichtet waren; in eben dieser Weise trifft sie auch die Verantwortlichkeit für den entstandenen Schaden. Hatte die Correalität der Verpflichteten aber nur in der Untheilbarkeit der Leistung (§. 890) ihren Grund, so scheint die Schadloshaltung, weil die Entschädigungssumme eine theilbare Sache ist, nur nach Verhältniß ihrer Antheile in Anspruch genommen werden zu können. (Vgl. oben S. 57 d. W.)

§. 1304.

Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig; und, wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen.

1) Bei einer Beschädigung kann nebst dem Verschulden des Beschädigers auch ein solches von Seite des Beschädigten eintreten. Hier kömmt unsers Erachtens vor Allem zu unterscheiden, ob der Beschädigte in die Beschädigung eingewilliget, dieselbe vielleicht sogar absichtlich veranlaßt hat, oder ob ihm ein bloßes Versehen zur Last liegt. Im ersten Falle kann von einem Ersatzanspruche keine Rede sein; denn entweder ist die Beschädigung ein rechtlicher Act, ein Ausfluß des freien Verfügungsrechtes des Beschädigten über sein Eigenthum u. s. w., — und dann kann die Mitwirkung hierzu nicht als eine widerrechtliche Handlung angesehen werden, — oder sie erscheint als widerrechtlich (z. B. die Selbstverstümmlung, um sich dem Militärdienste zu entziehen) und dann tritt der Grundsatz ein, daß Niemand aus seiner eigenen widerrechtlichen Handlung Ansprüche gegen einen Andern ableiten kann*).

2) Tritt dagegen ein bloßes Versehen von Seite des Beschädigten ein, so liegt ein Theil der Ursache des entstandenen Schadens eben in dem Beschädigten selbst; es ist also auch billig, daß er gleichfalls einen Theil dieses Schadens trage. Derlei Fälle können Platz greifen, wenn z. B. Jemand ein Geschäft, zu dessen Besorgung besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, wissentlich einer unerfahrenen Person überträgt (§. 1299), oder wenn Jemand ein Thier, durch das er beschädiget wurde, zugleich mit einem Andern gereizt hat (§. 1320); ferner, wenn der Beschädigte es unterließ, die weiteren üblen Folgen einer Beschädigung, die er bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte abwenden können, zu verhüten, u. dgl. m. Fällt aber dem Beschädiger böse Absicht zur Last, so scheint er sich nicht auf ein Versehen des Beschädigten berufen zu können, und einen Theil des

---

*) Anderer Meinung in Beziehung auf den letzten Fall ist Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 119).

Ersatzes von sich abzuwälzen, da auch fremde Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit Niemanden einen Freibrief geben kann, einen Andern zu verletzen *).

3) Hat dem Vorausgehenden zu Folge der Beschädigte mit dem Beschädiger zugleich einen Theil des entstandenen Schadens zu tragen, so verordnet das Gesetz, daß dieß verhältnißmäßig geschehen solle. Hierbei scheint der Grad des Verschuldens, welches dem einen wie dem andern Theile zur Last fällt, maßgebend zu sein **), und wenn sich keines derselben als überwiegend darstellt, die gleichmäßige Vertheilung Platz zu greifen.

4) Wenn mehrere Personen bei einer und derselben Handlung (z. B. einer Schlägerei) sich wechselseitig beschädigen, so scheint uns — wie Scheidlein (a. a. O. S. 50) ganz richtig bemerkt — aus der Natur der Sache zu folgen, daß Jeder den von ihm aus Verschulden verursachten Schaden dem Andern ersetzen müsse.

§. 1305.

2) aus dem Gebrauche des Rechtes;

Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Anderen daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten.

1) Es ist ein von allen Gesetzgebungen anerkannter Grundsatz, daß man den, durch einen erlaubten Rechtsgebrauch einem Andern erwachsenden Schaden nicht zu ersetzen habe ***), da es ein offenbarer Widerspruch wäre, Jemandem einerseits die Befugniß zur Ausübung einer gewissen Handlung zuzugestehen und ihm anderseits dieselbe wieder dadurch zu entziehen, daß man ihm die Pflicht zum Schadenersatze auferlegt, die nur bei einer widerrechtlichen Beschädigung (§. 1294) Platz greifen kann. Eben so liegt es aber auch im Begriffe des Rechtes, daß durch die Ausübung desselben nicht in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen werden dürfe. Die Rechte der Andern, die ihnen im Allgemeinen, oder in Folge eines besonderen Grundes zustehen, sind also die „rechtlichen Schranken," deren

---

*) Deßhalb wird der Dieb den ganzen durch seinen Diebstahl entstandenen Schaden zu ersetzen haben, wenn gleich der Bestohlene es an der nöthigen Sorgfalt in der Verwahrung seines Eigenthums ermangeln ließ. Vgl. Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 118) gegen Scheidlein (a. a. O. S. 49).

**) Scheidlein a. a. O. S. 48. — In einem (in Nr. 107 der allg. öst. Ger. Ztg. J. 1857 mitgetheilten) Rechtsfalle hatten der Pfarrer und die Repräsentanten des Kirchenvermögens zu X. bei dem Baumeister C. Arbeiten bestellt, welche das Bereich der gewöhnlichen Verwaltung überschritten, ohne den erforderlichen Consens beizubringen, welcher in der That auch versagt wurde. Der oberste Richter erkannte, daß auch dem Baumeister — welcher auf Zahlung der geleisteten Arbeiten im Werthe von 593 L. 75 C. klagte, — ein Versehen zur Last falle, da er wissen mußte, daß die Besteller die Grenzen ihres Mandates überschritten; er mäßigte daher die Rechnung des Klägers auf 349 L. 75 C.

***) Non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur. fr. 155. Dig. de reg. jur. (50, 17).

der §. 1305 erwähnt. Zur Erläuterung dieser Begriffe verweisen wir auf die Bd. 1. S. 722 d. W. gemachten Bemerkungen.

2) Zu dem erlaubten Rechtsgebrauche gehört auch die s. g. Nothwehr, d. i. die nöthige Vertheidigung, deren man sich bedient, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich abzuwehren (§. 2 des St. G. B. und §§. 19 u. 344 des a. b. G. B.). Der Schade, der dadurch herbeigeführt wird, bildet also keinen Gegenstand eines zu leistenden Ersatzes.

§. 1306.

Den Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden oder durch eine unwillkührliche Handlung verursachet hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig. 3) aus einer schuldlosen oder unwillkührlichen Handlung;

§. 1307.

Wenn sich aber Jemand aus eigenem Verschulden in einen vorübergehenden Zustand der Sinnenverwirrung versetzt hat; so ist auch der in demselben verursachte Schaden seinem Verschulden zuzuschreiben. Eben dieses gilt von einem Dritten, welcher diesen Zustand durch sein Verschulden bei dem Beschädiger veranlaßt hat.

1) Von einem Verschulden, durch welches der Regel des §. 1295 zu Folge die Pflicht zum Schadenersatze bedingt ist, kann nur bei willkührlichen Handlungen die Rede sein. Hieraus folgt mit Nothwendigkeit der Grundsatz des §. 1306, daß Niemand den Schaden, den er durch eine unwillkührliche Handlung verursacht hat, zu ersetzen schuldig sei.

2) Anderseits ist aber schon oben bemerkt worden, daß die eingetretene Beschädigung nicht die unmittelbare Folge der zum Ersatze verpflichtenden Handlung zu sein brauche, sondern daß auch ein mittelbarer Causalnexus (nach dem bekannten Spruche: causa causae est etiam causa causati) zur Begründung eines Verschuldens genüge. Ein solches ist daher auch dann vorhanden, wenn eine Sinnenverwirrung, in welcher eine Beschädigung stattgefunden hat, schuldbarer Weise erzeugt wurde. Die Verantwortlichkeit trifft hier denjenigen, der jenen Zustand herbeigeführt hat. Dieß kann a) der Beschädiger selbst sein. Hat er sich also die Sinnesverwirrung (z. B. die Berauschung), sei es mit Hinsicht auf die in derselben vorzunehmende Beschädigung (z. B. um sich Muth zu machen), sei es ohne dieselbe, — absichtlich (d. h. um sich in den fraglichen Zustand zu versetzen) oder doch aus Versehen (also wissend, daß er in einen solchen Zustand gerathen werde) zugezogen, so ist die in derselben vorgenommene Beschädigung wenigstens mittelbar seinem Verschulden zuzuschreiben, und er hat demnach Ersatz dafür zu leisten. Nur dann würde er von aller Verantwortlichkeit frei bleiben, wenn ihm in Ansehung der Handlung, durch

die er sich in den Zustand der Sinnenverwirrung versetzte, nicht einmal ein Versehen zur Last fiele, wie wenn z. B. Jemand ohne sein Wissen einem Getränke, das er genossen, berauschende Ingredienzien beigemischt hätte. — b) Wurde die Sinnenverwirrung auf die unter lit. a) angegebene Weise von einem Dritten veranlaßt, so trifft diesen die Ersatzpflicht allein, oder gemeinschaftlich mit dem Beschädiger (§. 1301). — c) Hat endlich der Beschädigte jenen Zustand des Beschädigers herbeigeführt, so kann er entweder gar keinen Ersatz ansprechen, oder er muß ihn doch mit dem Beschädiger verhältnißmäßig tragen (§. 1304).

3) War die Sinnenverwirrung, in welcher eine Beschädigung vorkam, lediglich eine Folge des Zufalls (wie es z. B. bei einer plötzlich eingetretenen Ohnmacht der Fall sein kann, in welcher Jemand zusammenstürzte und fremdes Geräthe zerschlug), so bleibt es bei der Regel des §. 1306, weil hier Niemandem auch nur ein mittelbares Verschulden aufgebürdet werden kann.

§. 1308.

Wenn Wahn- oder Blödsinnige, oder Kinder Jemanden beschädigen, der durch irgend ein Verschulden hierzu selbst Veranlassung gegeben hat; so kann er keinen Ersatz ansprechen.

§. 1309.

Außer diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann.

1) Aehnliche Grundsätze, wie die eben entwickelten, sind auch auf die von Wahnsinnigen (worunter auch die Rasenden gehören; vgl. Bd. 1. S. 128 d. W.), Blödsinnigen und Kindern (d. i. Personen, die das siebente Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben) unternommenen Beschädigungen anzuwenden. Solche Personen sind keines vernünftigen Wollens, folglich auch keiner willkührlichen Handlungen fähig*) und es gilt daher in Ansehung derselben die Regel des §. 1306, wobei es keinen Unterschied macht, ob sie einen Vormund oder Curator haben oder nicht.

2) Aber auch hinsichtlich der Beschädigungen, welche von den in Frage stehenden Personen ausgehen, kann Jemandem ein mittelbares Verschulden zur Last fallen, welches hier zwar nicht in der Erzeugung des Zustandes der Sinnenverwirrung, wohl aber darin gelegen sein kann, daß die verletzende (unwillkührliche) Handlung selbst durch fremde Thätig-

*) . . . . . Quaerimus: si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? et hoc est verissimum . . . . . Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. fr. 5. §. 2. Dig. ad leg. Aqu. (9, 2).

keit herbeigeführt wird*); wie wenn Jemand z. B. einen Wahnsinnigen aufreizt, oder einem Kinde gebrechliche Gefäße in die Hände gibt, oder einem Blödsinnigen seine Geschäfte zur Besorgung anvertraut. Thut dieß der Beschädigte selbst, so kann er nach §. 1308 keinen Ersatz ansprechen, weil er eben allein an seinem Schaden Schuld trägt; thut es ein Dritter — ein Fall, dessen das Gesetz nicht insbesondere erwähnt — so fällt diesem (§. 1295) die Ersatzpflicht zu.

3) Ein mittelbares Verschulden kann auch noch dann Platz greifen, wenn Jemandem eine Vernachlässigung der ihm über die erwähnten Personen anvertrauten Obsorge zur Last fällt, bei deren aufmerksamerer Handhabung die Beschädigung hätte vermieden werden können. Von einem solchen Verschulden kann jedoch zunächst nur bei jenen Personen die Rede sein, denen die Aufsicht über den Verstandlosen oder das Kind unmittelbar oblag, also den Wärtern, Aufsehern, Dienstleuten u. dgl., — bei Eltern, Vormündern und Curatoren aber nur in so ferne, als sie entweder die Pflegebefohlenen unter ihrer eigenen Aufsicht hatten, oder als sie es an der Aufstellung tauglicher Obsorge gänzlich ermangeln ließen, oder bei der Auswahl derselben nicht die erforderliche Vorsicht beobachteten.

4) Die unter Z. 2 und 3 entwickelten Grundsätze müssen auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein Wahnsinniger oder Blödsinniger, oder ein Kind in Folge fremder Nachlässigkeit oder anderweitiger Einwirkung (durch Verleitung, Anreizung u. dgl.) sich selbst beschädigte.

§. 1310.

Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.

1) Von dem strengen Grundsatze des §. 1306, daß der von einem Wahn- oder Blödsinnigen oder von einem Kinde verursachte Schade, als auf einer unwillkührlichen Handlung beruhend, nicht zu ersetzen sei, hat das Gesetz in dem vorstehenden Paragraphen aus Billigkeitsrücksichten drei Ausnahmen festgesetzt, die aber, eben weil sie von keinem sichern Anhaltspunkte ausgehen, zu mancherlei Bedenken Anlaß geben. Was

*) Auch bei einer vorübergehenden Sinnenverwirrung kann dieß der Fall sein, wie wenn Jemand z. B. einen Trunkenen zu einer Verletzung reizte; wobei es wohl ebenfalls keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Verantwortlichkeit für den entstandenen Schaden den Verleitenden allein oder gemeinschaftlich mit dem unmittelbaren Thäter treffe (§. 1301).

zuvörderst die Kinder anbelangt, so wurde bereits Bd. 1, S. 125 d. W. bemerkt daß die Entwicklung der menschlichen Kräfte und Fähigkeiten nur allmählich vor sich geht, daß aber das praktische Bedürfniß eine durchgreifende Bestimmung, die Annahme fester Abschnitte erheischt. Es kann daher immerhin geschehen, daß eine Person, die das siebente Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, dennoch schon so viel Einsicht und Willenskraft besitzt, daß sie eines vernünftigen Handelns fähig erscheint, daß ihr mithin auch ein durch sie veranlaßter Schade zugerechnet werden könnte. Nichts desto weniger darf eine solche Zurechnung nicht Platz greifen, denn es ist mit der Feststellung bestimmter Zeitabschnitte geradezu unverträglich, in einzelnen Fällen darüber hinauszugehen, und in so ferne hat Nippel*) Recht, wenn er behauptet, daß das Gesetz bezüglich der Handlungsunfähigkeit eines Kindes unter sieben Jahren eine praesumtio juris et de jure aufstellt, die keinen Gegenbeweis zuläßt. Zu weit scheint er uns aber zu gehen, wenn er deßhalb die Anwendbarkeit des §. 1310 auf die durch Kinder verübten Beschädigungen läugnet, denn es handelt sich hier nicht um die Subsumtion unter einen bestimmten Rechtsgrundsatz, sondern um eine Rücksicht der Billigkeit, bei welcher die eigenthümlichen Verhältnisse, in denen sich der Beschädiger befindet, immerhin einen gewissen Einfluß üben mögen.

2) Auch bei Wahnsinnigen kann es vorkommen, daß sie mit Bewußtsein handeln, indem sie entweder s. g. lichte Zwischenräume haben, oder weil die ihnen vorschwebende fixe Idee nicht alle ihre Handlungen influenzirt (s. Bd. 1, S. 129 d. W.). Hier erheischt nun die Consequenz, entweder (wie es im römischen Rechte geschieht) alle während eines lucidum intervallum unternommenen Handlungen so zu betrachten, als ob gar keine Vernunftlosigkeit vorhanden wäre — oder auf solche Zwischenräume gar keine Rücksicht zu nehmen, sondern den Geisteskranken in jeder Hinsicht als handlungsunfähig anzusehen. Unser Gesetzbuch ist aber im §. 1310 von dem letzteren, sonst (mit Ausnahme des §. 567) festgehaltenen Grundsatze abgewichen und hat den Richter angewiesen, im einzelnen Falle zu untersuchen, ob der Wahnsinnige bei der von ihm herbeigeführten Beschädigung mit Willkühr handelte, oder nicht; und im ersten Falle ihn zwar nicht nach der Strenge des §. 1295 zu behandeln, aber ihm nach Umständen dennoch eine mehr oder minder umfangreiche Ersatzpflicht (s. unten Z. 6) aufzuerlegen.

3) Nicht das Gleiche scheint uns dann einzutreten, wenn derjenige, der während einer vorübergehenden Sinnenverwirrung (z. B. als Nachtwandler) Jemanden beschädiget hat, zu einer Zeit, in welcher er seines Verstandesgebrauches mächtig war, der Beschädigung hätte vorbeugen können, und dieses zu thun unterließ. Einem solchen Beschädiger muß unseres Erachtens der volle Schade nach der Regel des §. 1295 zugerechnet werden, da, wie schon öfter hervorgehoben wurde, auch ein mittelbarer Causalnexus zwischen der verletzenden Handlung und dem angerichteten Schaden genügt, um die Ersatzpflicht zu begründen.

---

*) Erläut. Bd. 8, I. S. 127.

4) Der zweite oben angedeutete Ausnahmsfall tritt dann ein, wenn der Beschädigte aus Schonung gegen den Beschädiger es unterlassen hat, sich gegen denselben der ihm zustehenden Vertheidigung zu bedienen. Hier ist es die Analogie mit den Principien der §§. 403 u. 1041, welche ein Abgehen von der strengen Regel des §. 1306 rechtfertiget; doch muß, wie Nippel*) richtig bemerkt, die Schonung des Beschädigers eine vernünftige sein und in keinem Mißverhältnisse mit dem aus der Handlung entsprungenen Schaden stehen. Wenigstens würde in letzterem Falle gewiß nur ein Theil desselben zu ersetzen kommen. Uebrigens bezieht sich die in Frage stehende Ausnahme zweifellos auf Kinder sowohl als auf Vernunftlose.

5) Die dritte Ausnahme nimmt lediglich auf die beiderseitigen Vermögensverhältnisse des Beschädigers und des Beschädigten Rücksicht, in Folge deren entweder dem Einen die Leistung des Ersatzes oder dem Andern die Tragung des Schadens sehr empfindlich fallen könnte.

6) In jedem dieser drei Ausnahmsfälle ist es dem billigen Ermessen des Richters überlassen, das Maß des zu leistenden Schadenersatzes festzusetzen, das allerdings nach Umständen den ganzen Betrag des Schadens erreichen kann, ihn aber durchaus nicht erreichen muß. In Beziehung auf den letzten Ausnahmsfall (Z. 4) glauben wir insbesondere noch einer Ansicht Scheidlein's (a. a. O. S. 68), welcher sich auch Nippel angeschlossen hat, entgegen treten zu müssen, der nämlich, daß bei gleichem Vermögen des Beschädigten und des Beschädigers auf die Hälfte des Schadenersatzes zu erkennen sei. Unseres Erachtens gebührt in diesem Falle dem Beschädigten gar kein Ersatzanspruch, weil dieser, — als eine Ausnahme von der Regel des §. 1306 — nur dann zugestanden werden kann, wenn besondere triftige Gründe dafür sprechen. Dieß scheint aber nur dann der Fall zu sein, wenn das Vermögen des Beschädigers größer ist, als das des Beschädigten, und wenn Letzterem überhaupt die Tragung des Schadens (seines geringen Vermögens wegen) schwer fiele. Je mehr in diesem Falle das Vermögen des Beschädigers jenes des Beschädigten übersteigt, einen um so größeren Theil des Schadens wird der Richter sohin als Gegenstand der Ersatzleistung bezeichnen.

7) Schließlich kömmt noch zu erinnern, daß der Ersatzanspruch gegen die Kinder und Wahnsinnigen immer nur ein subsidiärer ist, welcher nämlich erst dann zur Geltung gelangt, wenn er nicht gegen dritte Personen wegen eines ihnen zur Last fallenden Verschuldens (§§. 1308 und 1309) gerichtet werden kann; eine Verfügung, die dem preußischen Landrechte (Thl. I. Tit. 3, (§§. 39—44) nachgebildet erscheint.

§. 1311.

Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber Jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder 4) durch Zufall.

*) Erläut. Bd. 8. I. S. 134.

sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

§. 1312.

Wer in einem Nothfalle Jemanden einen Dienst geleistet hat, dem wird der Schade, welchen er nicht verhütet hat, nicht zugerechnet; es wäre denn, daß er einen Anderen, der noch mehr geleistet haben würde, durch seine Schuld daran verhindert hätte. Aber auch in diesem Falle kann er den sicher verschafften Nutzen gegen den verursachten Schaden in Rechnung bringen.

1) Als Quelle der Beschädigungen ist schon im §. 1294 auch der Zufall (casus) angegeben worden, worunter man hier — im Gegensatze zu den willkürlichen oder unwillkürlichen Handlungen oder Unterlassungen der Menschen — nur jene Ereignungen verstehen kann, die in den Gesetzen der physischen Natur gegründet erscheinen, wie: Ueberschwemmung, Hagelschlag, Erdbeben u. dgl.*). Den auf diese Weise entstandenen Schaden hat in der Regel Niemand zu verantworten**), da die Ersatzpflicht jederzeit ein Verschulden voraussetzt (§. 1295), welches in dem vorliegendem Falle nicht vorhanden ist; es muß ihn vielmehr derjenige tragen, der dadurch in seinem Vermögen, oder in seiner Person betroffen wurde, dessen Saaten also z. B. durch Hagel zerstört worden sind, oder der durch einen, in Folge eines heftigen Sturmwinds herabfallenden Dachziegel verwundet wurde, oder, da er in Ohnmacht fiel, sich verletzte. Nur dieß wollte unser G.-B. andeuten, wenn es sagt, der bloße Zufall treffe denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Zeiller (Comment. B. 3. S. 737 und nach ihm Scheidlein, a. a. O. I. S. 76), will hier auch denjenigen Schaden hereinziehen, der durch den Mangel einer Person (z. B. eben durch eine Jemandem zugestoßene Ohnmacht) einem Andern zugefügt wurde. Allein von diesen Beschädigungen war bereits im §. 1306 die Rede; der §. 1311 kann also nicht neuerdings eine Verfügung in Ansehung derselben treffen wollen***). — Das Princip des §. 1311 findet sich übrigens

---

*) Auch die Beschädigungen durch Thiere gehören hierher, doch sind in Ansehung derselben (in den §§. 1320—1322) besondere Verfügungen getroffen.

**) Animalium . . . casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, . . . incendia, aquorum magnitudines . . . a nullo praestantur. fr. 23. Dig. de reg. jur. (50, 17). — Cessabit . . . Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. fr. 5. §. 2. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2).

***) Faßt man den §. 1311 in diesem Sinne auf, so ist der Vorwurf nicht begründet, daß man die eine Hälfte desselben zur Widerlegung der andern Hälfte benützen könne, indem z. B., wenn A. in Ohnmacht fällt und B's Porcellanservice zerschlägt, der Zufall sich in der Person des A. und zugleich in dem Vermögen des B. ereignet hat (s. Unger's System des österr. Privatrechts, Bd. 2. I. S. 232, Anmerk. 13.), denn „Zufall" muß hier wohl als gleichbedeutend mit „zufälliger Schade" genommen werden, und dieser letztere ereignet sich nur in dem Vermögen des B., nicht auch in der Person des A.

wiederholt in den §§. 686, 907, 911, 964, 1015, 1020, 1049, 1111, 1112, 1133, 1157, 1160, 1398 u. 1447 des a. b. G. B. ausgesprochen. Auch die Verfügung des §. 1155 ist nicht als eine Ausnahme, sondern vielmehr als eine Bestätigung dieser Regel anzusehen, denn der Besteller muß zufolge derselben den Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, tragen, indem er nämlich ungeachtet der nicht zu Stande gekommenen Dienste oder Arbeiten den bestellten Personen dennoch eine „angemessene Entschädigung“ leisten muß *).

2) Der Grundsatz des §. 1311 gilt nur dann, wenn der Schade bloß durch einen Zufall entstanden ist, ohne daß hierbei Jemandem ein Verschulden zur Last fällt. Ist dagegen das Letztere der Fall, so kömmt vielmehr die Regel des §. 1295 zur Anwendung, wenn auch zunächst die Beschädigung durch unabwendbare Naturkräfte herbeigeführt wurde, die entfernte Ursache aber in einer willkürlichen und widerrechtlichen Handlung eines Menschen lag. Wenn also Jemand z. B. durch unvorsichtiges Abbrennen der Stoppeln (bei heftigem Winde, oder in der Nähe leicht feuerfangender Gegenstände) eine Feuersbrunst verursachte, welche seinem Nachbar Schaden zufügte, so wird er diesen allerdings ersetzen müssen, da er hier den Zufall (den Brand) durch sein Verschulden veranlaßt hat, während ihn keine Verantwortung treffen wird, wenn er die nöthigen Vorsichten gebrauchte, und diese nur durch einen plötzlich losgebrochenen Sturm zu Nichte wurden **). Als ein solches Verschulden ist es insbesondere anzusehen, wenn Jemand, der in einem obligatorischen Verhältnisse steht, den durch dasselbe begründeten Pflichten zuwiderhandelt (vgl. §§. 965 und 979); auch die Verfügung der §§. 338 und 460 beruht auf dem in Frage stehenden Principe.

3) Als ein Verschulden wird es ferner angesehen, wenn Jemand ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertritt, und in Folge dessen wirklich ein Schade entsteht. Derlei Vorschriften finden sich in den §§. 373, 374, 380—386, 422—426, 430, 434—459, 469, 470 des St. G. B. u. a. m.

4) Auch die unbefugte Einmengung in fremde Geschäfte wird von unserem Gesetze (§. 1035) als ein Verschulden betrachtet, welches die Haftung für den daraus entstandenen Schaden nach sich zieht ***), wenn dieser auch

*) Daß wir auch in der Anordnung des §. 46 keine Ausnahme von dem Grundsatze des §. 1311 zu finden vermögen, haben wir bereits Bd. 1. S. 197 d. W. bemerkt.

**) . . . si quis in stipulam suam vel spinam comburendae ejus causa ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia ejus aut negligentia id acciderit; nam si die ventoso id fecit, culpae reus est. Nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quae oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa. fr. 30. §. 3. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2).

***) Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus: interdum, ait, etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo; nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem. fr. 11. Dig. de negot. gest. (3, 5).

zunächst durch ein zufälliges Ereigniß herbeigeführt wurde, das aber ohne jene Geschäftsführung nicht entstanden wäre, oder die beschädigte Sache nicht betroffen hätte; wie wenn z. B. Jemand die Feldfrüchte eines Andern an einen Ort brächte, wo sie der Eigenthümer sonst nicht aufzubewahren pflegte und an dem sie durch einen zufällig entstandenen Brand zu Grunde gingen. Doch kömmt hierbei zu unterscheiden, ob die Besorgung fremder Geschäfte im Nothfalle, oder abgesehen von einem solchen geschah. Daß das Gesetz die im Falle der Noth einem Fremden geleistete Hilfe nicht mißbilligen kann, haben wir bereits oben (S. 231) erwähnt; es kann daher auch dem Hilfe-Leistenden nicht als eine schuldbare Beschädigung zugerechnet werden, daß er nicht noch mehr geleistet, also nicht einen Schaden verhütet hat, den er vielleicht bei noch größerer Anstrengung oder Besonnenheit (z. B. in der Auswahl der aus einer Feuersbrunst zu rettenden Gegenstände) hätte hintanhalten können, da er ja überhaupt zur Abwendung fremden Schadens gar nicht verpflichtet war. Wohl aber würde ihn dann eine Verantwortlichkeit treffen, wenn er einen Andern, der (z. B. wegen seiner genaueren Localkenntnisse, oder wegen seiner größeren Körperkraft) mehr zu leisten im Stande gewesen wäre, durch seine Schuld daran gehindert hätte *). Damit aber von einer solchen „Schuld" die Rede sein könne, muß vorausgesetzt werden, daß der Hilfe-Leistende die höhere Befähigung des Andern kannte, oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte wissen können, und sich dennoch in die Geschäftsführung eindrängte. — Selbst wenn dieß der Fall ist, kann jedoch nur das Mehr des Schadens, den ein Anderer verhütet hätte, in Anschlag gebracht werden; der durch die Hilfeleistung wirklich verschaffte Nutzen darf also nicht unberücksichtigt bleiben. Hat z. B. Jemand durch seine Thätigkeit Sachen im Werthe von 2000 fl. aus einer Ueberschwemmung gerettet, während ein Anderer erweislich einen Werth von 3000 fl. erhalten haben würde, so kann sich der Schadenersatz nur auf die Summe von 1000 fl. erstrecken.

5) Aus der Analogie dieser Vorschrift scheint hervorzugehen, daß in dem Falle, als der Hilfe-Leistende durch seine Thätigkeit unmittelbar einen Schaden veranlaßte (indem er z. B. einen Schrank erbrach, um sich der zu rettenden Gegenstände zu bemächtigen), dieser zwar von ihm ersetzt werden muß (§. 1295), allerdings aber der durch die Hilfeleistung verschaffte Nutzen auch hier in Abrechnung gebracht werden kann **).

§. 1313.

5) durch fremde Handlungen;

Für fremde, widerrechtliche Handlungen, woran Jemand keinen Theil genommen hat, ist er in der Regel auch nicht verantwortlich. Selbst in den Fällen, wo die Gesetze das

---

*) Videamus in persona ejus, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non accessit, et si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat, negotiorum gestorum actione eum tenere et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius. fr. 6. §. 12. Dig. de neg. gest. (3, 5).

**) Nippel, Erläuter. Bd. 8. I. S. 147.

Gegentheil anordnen, bleibt ihm der Rückersatz gegen den Schuldtragenden vorbehalten.

1) Aus dem im §. 1295 ausgesprochenen Grundsatze, daß man nur denjenigen Schaden zu verantworten habe, welchen man durch eigenes Verschulden zugefügt hat, folgt mit Nothwendigkeit, daß Niemand zum Ersatze eines Schadens verhalten werden könne, der durch eine fremde Handlung herbeigeführt wurde, an welcher er weder unmittelbar noch mittelbar Theil genommen hat (§. 1301). Diese Handlungen sind ihm gegenüber als ein Zufall zu betrachten, der Beschädigte muß sich also mit seinem Ersatzanspruche unmittelbar an den Beschädiger wenden, und wenn er von diesem keine Schadloshaltung erlangen kann, die Beschädigung wie ein anderes Unglück, das ihn getroffen hat, hinnehmen. Würde also z. B. eine hinterlegte Sache aus der Wohnung des Verwahrers geraubt, ohne daß diesem in Beziehung auf die zu leistende Obsorge ein Verschulden beigemessen werden kann, so muß der Hinterleger den Verlust tragen, d. h. er kann wohl von dem Räuber, nicht aber von dem schuldlosen Verwahrer Ersatz fordern*).

2) Anders gestaltet sich die Sache, wenn Jemandem in Ansehung einer fremden Handlung ein Verschulden zur Last fällt, was entweder in der Auswahl einer (fremden) Person (§. 1161), oder in der Uebertretung eines Gesetzes, das boshaften Beschädigungen vorzubeugen sucht (wie die Vorschriften über den Verkehr mit Giftwaaren), oder in der Ueberschreitung der gesetzlich oder vertragsmäßig Jemandem zustehenden Befugnisse (z. B. in den Fällen der §§. 965, 1010 und 1186) u. dgl. gelegen sein kann. Ein solches Verschulden tritt auch in den Fällen der §§. 1314—1318 ein, daher dieselben streng genommen nicht als Ausnahmen von der Regel des §. 1313 zu betrachten sind. Eine solche findet sich dagegen allerdings in der Verfügung des §. 1111, welche den Afterbestandgeber auch für das Verschulden des Afterbestandnehmers verantwortlich macht, ungeachtet die Ueberlassung der Bestandsache in Afterbestand zu seinen Befugnissen gehört.

3) Daß Derjenige, welcher für den, durch eine fremde widerrechtliche Handlung verursachten Schaden Ersatz leisten mußte, den Rückersatz gegen den Schuldtragenden habe, ist eine natürliche Folge der im §. 1295 enthaltenen Regel.

---

*) In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortis servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. fr. 18. pr. Dig. comm. vel contra (13, 6.); vgl. auch fr. 20. ibd., dann fr. 23. Dig. de reg. jur. (50, 17.) u. a. m. — In diesem Sinne wurde von Wildner ein in seinem Juristen Bd. 18, S. 282 mitgetheilter Rechtsfall entschieden, in welchem ein Einbruch in eine herrschaftliche Waisen- und Depositencasse stattgefunden hatte, ohne daß dabei weder den Beamten noch der Herrschaft selbst ein Verschulden zur Last gelegt werden konnte, da alle in den Gesetzen angeordneten Vorsichtsmaßregeln beobachtet worden waren.

§. 1314.

Ausnahmen.

Wenn Jemand eine Dienstperson ohne Zeugniß aufnimmt; oder eine durch ihre Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit gefährliche Person im Dienste behält; oder einem bekannten Verbrecher Aufenthalt gibt; so haftet er dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Beschaffenheit dieser Personen verursachten Schadens.

1) Nach §. 12 der Gesinde-Ordnung für Wien vom 1. Mai 1810 und nach den analogen Vorschriften der übrigen Gesinde-Ordnungen*) soll kein Dienstgeber Jemanden ohne die vorgeschriebenen Ausweise, — nämlich einen Amtsschein bei denjenigen, welche erst zu dienen anfangen, oder ein Dienstzeugniß (einen Abschied) bei denjenigen, welche bereits in Diensten gestanden sind, und nur von einem in den andern übertreten, — in Dienst nehmen, eine Vorsicht, — wie das Gesetz sagt, — welche jedem Familienhaupte das eigene Beste und die Sicherheit seiner Haushaltung von selbst empfehlen muß, da nämlich dieselben Gesinde-Ordnungen vorschreiben, daß bei dem Austritte jeder Dienstherr dem Dienstboten ein Zeugniß über seine Aufführung ertheilen und darin deutlich und nach Gewissen ausdrücken muß, wie derselbe in Ansehung der Treue und Rechtschaffenheit, der Sitten und Nüchternheit und des Fleißes sich verhalten habe**). Uebereinstimmend hiermit verfügt auch §. 321 des St. G. B., daß ein Gewerbsmann, welcher einen Gesellen, der nicht mit einem ordentlichen Wanderbuche, oder da, wo noch keine Wanderbücher bestehen, mit einer ordentlichen s. g. Kundschaft versehen ist, in Arbeit nimmt, sich sogar einer Uebertretung schuldig mache. Die Außerachtlassung dieser Vorschriften begründet — im Einklange mit der Bestimmung des §. 1311 (s. oben S. 531 Z. 3) — ein Verschulden, welches die civilrechtliche Folge der Haftung für den aus demselben entstandenen Schaden in dem unten (S. 536) angedeuteten Maße nach sich zieht. Unter Dienstpersonen sind hier nicht nur diejenigen zu verstehen, welche sich gegen bestimmten Lohn, ohne oder mit noch andern Nebenbedingungen, als für Kost, Kleidung u. dgl. auf längere Zeit bei Privaten zu Dienst verdingen, sondern auch Handwerksgesellen und Lehrlinge, wenn sie in die Behausung des Meisters oder Lehrherrn aufgenommen werden; dagegen keineswegs auch Kanzlei-, Wirthschafts- oder Cassebeamte, Hofmeister u. dgl., überhaupt Personen, deren Dienstleistung eine wissenschaftliche Vorbereitung erheischt, da diese weder nach dem gemeinen, noch nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes (der Gesinde-Ordnungen) zu den „Dienstpersonen" gerechnet werden.

---

*) Vgl. mein Handbuch der österr. Verwaltungsgesetzkunde. 2. Aufl. Bd. 2. S. 372, §. 444.

**) Vgl. auch die neuen Gesindeordnungen im Verordnungsblatte der von mir herausgegebenen Zeitschrift für innere Verwaltung, Jahrg. 1856 und 1857.

2) Als ein Verschulden ist es weiter anzusehen, wenn Jemand eine Dienstperson zwar unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften aufgenommen hat, aber in der Folge eine gefährliche Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit (z. B. eine ansteckende Krankheit, abwechselnde Sinnesverwirrung, Hang zur Trunkenheit, Unvorsichtigkeit bei dem Gebrauche von Feuer und Licht u. dgl.) an ihr entdeckt, und sie dennoch in seinem Dienst behält, und zwar, — wie wir hinzufügen zu müssen glauben, — über die gesetzliche Aufkündigungszeit, wofern nicht ein Umstand eintritt, der nach der Gesinde-Ordnung selbst die sogleiche Aufhebung des dienstlichen Verhältnisses rechtfertigt, wie z. B. wenn sich der Dienstbote der Trunkenheit oder anderen Ausschweifungen in oder außer dem Hause ergibt u. dgl. Die gleiche Verantwortung wird der Natur der Sache nach, auch denjenigen treffen, der eine solche gefährliche Person in seine Dienste aufnimmt, sei es, daß ihm ihre gefährliche Beschaffenheit aus dem Dienstzeugnisse, sei es daß sie ihm anders woher bekannt war.

3) Der dritte Fall, dessen der §. 1314 erwähnt, ist dann vorhanden, wenn Jemand einem „bekannten Verbrecher" Aufenthalt gibt. Hierunter kann nur jene Person verstanden werden, welche dem Aufenhaltsgeber als Verbrecher bekannt ist (von der er weiß, daß sie ein Verbrechen begangen habe); keineswegs wird aber vorausgesetzt werden müssen, daß sie überhaupt als ein Verbrecher bekannt, daß sie ein notorischer Verbrecher sei, denn solche Personen werden nicht leicht dem Arme der Gerechtigkeit entgehen; es würde sich also die Anwendbarkeit des Gesetzes bei dieser Auslegung als eine sehr beschränkte darstellen. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob die fragliche Person des von ihr begangenen Verbrechens bereits schuldig erkannt wurde oder nicht, wohl aber darf ihre Strafbarkeit nicht schon aus irgend einem gesetzlichen Grunde (durch die ausgestandene Strafe*), durch Nachsicht, Verjährung u. s. w.) erloschen sein. Eben so müßte die Vorschrift dieses Paragraphen in Anwendung kommen, wenn Jemand einen ihm bekannten Verbrecher in einen solchen Dienst aufgenommen, zufolge dessen ihm auch der Aufenthalt im Hause zu Theil ward, oder wenn Jemand eine Person, die er später als einen Verbrecher erkannte, in seinem Hause behält**). Wenn aber Jemand, der sich nicht eines Verbrechens, sondern nur eines Vergehens, einer Gefälls- oder anderen Uebertretung schuldig gemacht hat, beherbergt wird, so scheint, mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Gesetzes, den Aufenthaltsgeber keine Verantwortung zu treffen. Zweifelhafter ist es dagegen, ob er auch für die gefährliche Beschaffenheit jener Personen zu haften habe, die er zwar nicht in Dienst genommen denen er aber wissentlich

---

*) Ellinger (Handb. S. 495) behauptet dagegen, daß die ausgestandene Strafe nicht von allen nachtheiligen Folgen befreie, und daß wohl nur der meistentheils als Verbrecher bekannt sei, der bereits zur Strafe gezogen wurde. — Allein es scheint nicht angenommen werden zu können, daß das Gesetz den entlassenen Sträflingen die Erlangung einer Unterkunft auf eine solche Weise erschweren wollte, daß sie beinahe mit Nothwendigkeit wieder auf die Bahn der Verbrechen getrieben würden. Worin sollte auch hier das Verschulden des Aufenthaltsgebers liegen, da kein Gesetz verbietet, Personen, die ihre Strafe ordentlich ausgestanden haben, bei sich aufzunehmen?

**) Scheidlein, a. a. O. S. 104.

den Aufenthalt verstattet hat. Scheidlein (a. a. O. S. 105) glaubt, eben auch mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes, diese Frage verneinen zu müssen; uns scheint aber die bejahende Beantwortung, die auch Nippel*) vertheidigt, die richtigere; denn auch bei Dienstpersonen kommt es nicht eigentlich auf das Dienstverhältniß, sondern vielmehr auf die Berührung an, in welche sie durch dasselbe mit dem Hause und den Hausgenossen gebracht werden, eine Berührung, welche in gleichem Maße durch den verstatteten Aufenthalt herbeigeführt wird.

4) Der Schade, für welchen der Dienst- oder Aufenthaltsgeber verantwortlich wird, muß, wie der §. 1314 ausdrücklich hervorhebt, durch die gefährliche Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit der aufgenommenen Person herbeigeführt worden sein, weil man nur in diesem Falle behaupten kann, daß er, wenigstens mittelbar, in dem Verschulden des Erstern begründet erscheint, und bei erhöhter Aufmerksamkeit desselben hätte vermieden werden können. Hieraus ergeben sich nachstehende Folgesätze: a) Wurde Jemand ohne Dienstzeugniß u. s. w. aufgenommen (s. S. 534 Z. 1), so kömmt nur jener Schade in Betrachtung, welcher durch eine solche Beschaffenheit der Dienstperson verursacht wurde, die den Dienstgeber, sie aufzunehmen, abgehalten hätte, wenn sie ihm bekannt gewesen wäre**). b) In dem zweiten Falle des §. 1314 (s. oben Z. 2) muß die Beschädigung aus jener gefährlichen Beschaffenheit hervorgegangen sein, die dem Aufenthaltsgeber bekannt war. Hätte z. B. eine Dienstperson, welche mit Feuer und Licht unvorsichtig umzugehen pflegt, einen Hausgenossen in einem Raufhandel beschädigt, so kann der Dienstgeber nicht zum Ersatze verhalten werden. c) Dieß gilt auch im dritten Falle des §. 1314 (s. oben Z. 3), und man kann nicht im Allgemeinen sagen, daß für jeden, von einem aufgenommenen Verbrecher verursachten Schaden — bei der Geneigtheit seines bösen Willens***) — gehaftet werden müsse; sondern diese Haftung erstreckt sich nur auf jene widerrechtliche Handlungen desselben, welche auf der nämlichen Triebfeder beruhen, die seinem (dem Aufenthaltsgeber bekannten) Verbrechen zum Grunde lag.

5) Die Personen, denen gegenüber die im §. 1314 ausgesprochene Verantwortlichkeit eintritt, sind der Hausherr, der Eigenthümer des Hauses, in dem der Aufenthalt verstattet wurde, und die Hausgenossen, d. i. die Einwohner desselben Hauses, weil die gefährliche Person durch ihre Aufnahme von Seite des Dienst- oder Aufenthaltsgebers nur mit diesen in eine so nahe Verbindung gebracht wurde, daß sie Gelegenheit erhielt, sie zu beschädigen.

§. 1315.

Eben so haftet derjenige, welcher wissentlich eine solche gefährliche, oder wer zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellet hat, für den Schaden, welchen ein Dritter hierdurch erlitten hat.

---

*) Erläut. Bd. 8, I. S. 154.
**) Scheidlein, a. a. O. S. 96.
***) Zeiller, Comment. B. 3, S. 743.

Die Fälle des, mit dem §. 1314 in unmittelbarer Verbindung stehenden §. 1315 setzen ein Verschulden in der Auswahl der Person voraus, welche von Jemandem, dem die Zustandebringung eines Werkes, oder die Führung eines Geschäftes obliegt, zur Vollendung dieses Werkes (vgl. §. 1161) oder zur Besorgung des Geschäftes (vgl. §. 1010) verwendet wurde, und dabei den eigentlichen Besteller (den Dritten, wie das Gesetz sich ausdrückt) durch ihre gefährliche Beschaffenheit, oder durch ihre Untüchtigkeit zu der aufgetragenen Dienstleistung beschädigte. Ein solches Verschulden ist aber nur dann vorhanden, wenn jene Beschaffenheit des Beschädigers dem Besteller bekannt war*). Ist dieses nicht der Fall gewesen, so muß sich der Beschädigte unmittelbar an den Schuldtragenden halten.

§. 1316.

Wirthe, Schiffer und Fuhrleute verantworten den Schaden, welchen ihre eigene, oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause, oder in ihrem Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen (§. 970).

1) Wir glauben rücksichtlich der Erläuterung dieses Paragraphen auf jene des §. 970 (s. oben S. 161 d. W.) verweisen zu dürfen, wo wir auch bereits unsere Ansicht ausgesprochen haben, daß der §. 1316 keine von dem §. 970 abweichende Bestimmung enthalte, sondern daß in dem letztgenannten §. nur das Maaß der im §. 1316 überhaupt ausgesprochenen Ersatzpflicht festgestellt werden wollte. Diese trifft den Wirth, Schiffer und Fuhrmann auch bezüglich ihrer, obgleich bisher unbescholtenen und unbedenklichen, oder zu ihren Verrichtungen ordentlicher Weise tüchtigen Personen (vgl. §. 1315) wohl deßhalb, weil sie, wie Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 745) bemerkt, in der Auswahl ihrer Dienstpersonen, denen Reisende oder Befrachtende sich nothwendig anvertrauen müssen, eine strengere als die gewöhnliche Vorsicht anwenden sollten.

2) Der im §. 1316 anerkannte Entschädigungsanspruch verjährt, wie andere Entschädigungsklagen (§. 1489), erst nach drei Jahren, von der Zeit an, als der Schade dem Beschädigten bekannt wurde, und es kann darauf die dreißigtägige Frist des §. 967 nicht angewendet werden**).

---

*) Das Gesetz sagt „wissentlich" und dieser Beisatz muß wohl auch auf den zweiten im §. 1315 aufgeführten Fall bezogen werden, obschon die Textirung dieß nicht ganz zweifellos hinstellt.

**) Der §. 967 spricht nämlich nur von dem Schaden, welchen der Hinterleger dem Verwahrer zu ersetzen hat, und verordnet in dieser Beziehung, daß die wechselseitigen Forderungen binnen 30 Tagen „von Zeit der Zurückstellung" anzubringen sind. Handelt es sich aber um den Schaden, welchen der einem Verwahrer gleichgestellte Wirth ꝛc. dem Hinterleger wegen einer gestohlenen oder zu Grunde gegangenen, also nicht zurückgestellten Sache zu leisten hat, so kann auch von einem Anfange der Verjährung „von Zeit der Zurückstellung" keine Rede sein. Vgl. die Entscheidung des oberst. Ger.-Hofes v. 13. August 1856, Z. 7699 in dem in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1856, Nr. 147 mitgetheilten Rechtsfalle.

§. 1317.

In wie fern bei öffentlichen Versendungsanstalten für den Schaden eine Haftung übernommen werde, bestimmen die besonderen Vorschriften.

Die Haftung der öffentlichen Postanstalt ist in den §§. 32—46 der durch Hofkammerdecret vom 12. Juni 1838 Nr. 280 der J. G. S. veröffentlichten Fahrpostordnung für den Sachentransport, und im §. 58 ebd. für das Reisegepäck beim Personentransporte enthalten; dann in den §§. 2, 20 und 69 der mit Hofkammerdecret vom 6. November 1838, Nr. 302 der J. G. S. kund gemachten Briefpostordnung; so wie im §. 63 der auf Grundlage der a. h. Entschl. vom 10. August 1838 publicirten Postordnung für Reisende mit Extrapost vom 1. December 1838 (Nr. 312 der J. G. S.). — Hinsichtlich der Eisenbahn-Unternehmungen bestimmt der §. 19 der k. Vdg. vom 16. November 1851, (Nr. 1 des R.G.Bl. v. J. 1852): „Die Betriebsunternehmungen haften für die durch eigenes, oder durch Verschulden ihrer Beamten und Diener an Personen und Sachen zugefügten Beschädigungen: 1) im Sinne der eingegangenen Verbindlichkeit und nach den über diese Haftung bestehenden besonderen gesetzlichen Anordnungen; 2) in Ermangelung solcher nach den Bestimmungen des a. b. G. B. über Schadenersatz*).

§. 1318.

Wird Jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder durch Herauswerfen

---

*) Wir können nicht umhin, hier auf einen Punkt aufmerksam zu machen, der uns von nicht geringer Wichtigkeit zu sein scheint. Leider hat es die menschliche Erfindungsgabe noch nicht dahin gebracht, alle Unglücksfälle auf Eisenbahnen zu verhüten. Wenngleich selten, so finden denn doch manchmal noch Katastrophen statt, welche nicht nur Schaden an Gütern anrichten, sondern auch mehr oder minder bedeutende Verletzungen von Personen herbeiführen, bei denen es sich sohin allerdings um die Frage handelt, wer dafür Ersatz (nach der Weisung der §§. 1325—1327) zu leisten habe. Der §. 1316 ist offenbar auf solche Beschädigungen nicht anwendbar, denn er spricht vom Schaden an „Sachen", an der „Befrachtung". Auch das Eisenbahn-Polizeigesetz vom 7. März 1847 (allerh. Entschl. vom 30. Jänner 1847) hatte sich hierüber nicht bestimmt ausgesprochen. Mit Recht konnte daher Dr. J. R. (in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. 1847, II. S. 492) die Behauptung vertheidigen, daß eine Eisenbahnunternehmung für persönliche Beschädigungen nur erst dann hafte, wenn sie durch ihre Repräsentanten (die Direction) entweder: 1) ein allgemeines oder 2) ein besonderes Gesetz durch Handlung oder Unterlassung verletzt, sofort hierdurch ein Verschulden begangen hat, und dieses erwiesen wird. — Gegenwärtig scheint uns die Haftung der Eisenbahnunternehmungen eine ausgedehntere zu sein, und sich auch hinsichtlich der körperlichen Verletzungen nach dem Grundsatze des §. 1316 zu regeln, da der oben wörtlich angeführte §. 19 der Betriebsordnung ausdrücklich auch der „an Personen" zugefügten Beschädigungen erwähnt, mögen diese durch „eigenes" Verschulden oder durch das Verschulden der „Beamten und Diener" herbeigeführt worden sein.

oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädiget; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herab gefallen ist, für den Schaden.

§. 1319.

Wegen wahrscheinlicher Gefahr, daß ein Schild, ein Geschirr oder eine andere über einem gangbaren Platze aufgehängte oder gestellte Sache fallen, und die Vorübergehenden beschädigen könnte, stehet noch Niemanden eine gerichtliche Klage, wohl aber Jedermann das Recht zu, der allgemeinen Sicherheit wegen, die Gefahr bei der politischen Behörde anzuzeigen.

1) Eine Beschädigung kann leicht dadurch entstehen, daß Etwas an einem Fenster, Erker u. dgl. aufgestellt oder aufgehängt, und gegen das Herabfallen nicht hinreichend gesichert, oder daß Etwas aus einem Fenster heraus, oder von einem Erker herabgeworfen oder gegossen wird u. dgl. Das Strafgesetz erklärt nun solche Handlungen, auch wenn noch Niemand beschädigt wurde, wenn aber die Vorübergehenden hätten beschädigt werden können, für eine Uebertretung, welche im Allgemeinen nach §. 426, wenn aber eine schwere körperliche Beschädigung erfolgte, oder sogar Jemand getödtet wurde, nach §. 335 zu ahnden kömmt. Die politischen (und insbesondere die Polizeibehörden, wo solche bestehen) haben darüber zu wachen, daß solche Vorfälle möglichst vermieden werden, und wenn sie eine derartige Gefahr wahrnehmen, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, also z. B. auf die Entfernung des gefährlich aufgestellten Gegenstandes zu dringen*). Das römische Recht gab in solchen Fällen eine actio in factum de posito vel suspenso**), welche aber unter unsern gegenwärtigen Verhältnissen nicht mehr passend wäre, daher sie der §. 1319 ausdrücklich für unstatthaft erklärt.

2) Ist dagegen durch das Herabfallen, Herauswerfen oder Herausgießen wirklich eine Beschädigung herbeigeführt worden, so findet nach allgemeinen Grundsätzen (§. 1295) der Ersatzanspruch gegen den Schuldtragenden***) statt. Das Gesetz ist aber noch weiter gegangen und hat auch den Wohnungs-Inhaber dafür verantwortlich gemacht, so daß es dem Beschädigten freisteht, sich an den Einen oder an den Andern zu halten. Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung dürfte (mit Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 747) vornehmlich darin zu finden sein, daß es dem Inhaber einer Wohnung möglich ist, dergleichen Handlungen durch gehörige Aufsicht, Warnung u. dgl. zu verhüten, daß man ihm daher mit Recht zumuthen kann,

---

*) S. mein Handbuch der österr. Verwaltungsgesetzkde. 2. Aufl. Bd. I. §§. 242—244. S. 481 u. ff.

**) Fr. 5. §§. 6—12. Dig. de his, qui effud. etc. (9, 3).

***) Hätte Jemand ohne Verschulden (z. B. als Nachtwandler) etwas herabgeworfen, so käme vielmehr §. 1306 auf ihn anzuwenden.

sie abzustellen, wenn er sie bemerkt, die Schuldigen (seien es seine Dienstpersonen, Kinder oder andere Hausgenossen) abzumahnen, oder aus seinem Hause zu entfernen.

3) Behält man dieses Princip fest im Auge, so wird es in den meisten Fällen nicht schwierig sein, die richtige Entscheidung zu finden. Die Verantwortung trifft in Folge des Gesagten den Inhaber der Wohnung, nicht aber den Hauseigenthümer, der oft gar nicht in seinem Hause wohnt und jedenfalls in den von ihm vermietheten Wohnungen keine solche Aufsicht zu führen vermöchte, wie sie der Paragraph voraussetzt*). Dagegen ist es gleichgiltig, ob der Wohnungsinhaber dieselbe durch kürzere oder längere Zeit, ob er sie entgeltlich oder unentgeltlich inne hat**). Wurde ein Theil der Wohnung in Aftermiethe gegeben, dergestalt, daß dem Afterbestandnehmer der ausschließende Gebrauch desselben überlassen wurde, so haftet Letzterer, nicht der Afterbestandgeber, für den in Frage stehenden Wohnungsantheil. Wurde hingegen bloß einem Gaste ein Zimmer oder dgl. zu seiner Benützung eingeräumt, so kann er nicht in Haftungsanspruch genommen werden***). Haben Mehrere gemeinschaftlich eine Wohnung inne, so kömmt es darauf an, ob dieselbe unter ihnen vollständig abgetheilt sei oder nicht. Im ersten Falle haftet Jeder nur für seine Abtheilung†), im letzten Falle dagegen haften sie gemeinschaftlich, und zwar Alle für Einen und Einer für Alle, da sich nicht ermitteln läßt, welchen Antheil die Nachlässigkeit eines Jeden an der Beschädigung habe††).

4) Damit den Wohnungsinhaber die in Frage stehende Verantwortung treffe, muß wenigstens im Allgemeinen angenommen werden können, daß er durch strengere Uebung der ihm obliegenden Aufsicht den Schaden hätte verhüten können. Er wird also für die Handlungen seiner Angehörigen, seiner Dienstleute, der aufgenommenen Gäste u. dgl. allerdings verantwortlich sein, nicht aber für den Fall, als z. B. Räuber in seine Wohnung

---

*) Haec in factum actio in eum datur, quae inhabitavit, quum quid dejiceretur, vel effunderetur, non in dominum aedium; culpa enim penes eum est. fr. 1. §. 4. Dig. l. c. (9, 3).

**) Habitare . . . dicimus vel in suo, vel in conducto, vel in gratuito. fr. 1. §. 9. ibd.

***) Hospes plane non tenetur, quia ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dedit. fr. 1. §. 9. ibd.

†) Si plures . . . diviso inter se coenaculo, habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effusum est. fr. 5. ibd.

††) Si plures in eo coenaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis haec actio dabitur, — quum sane impossibile est scire, quis dejecisset, vel effudisset, et quidem in solidum. fr. 1. §. 10; fr. 2 und fr. 3. ibd. — Vgl. auch Zeiller Comment. Bd. 3. S. 748. — Scheidlein, a. a. O. S. 126 meint zwar, daß sich die Antheile bestimmen lassen, weil „vermuthet wird, daß beide in gleichem Verschulden seien, der eine eben so leicht, wie der andere die Beschädiger erforschen kann, und wenn der eine wirklich den ganzen Schaden zu ersetzen hätte, ihm ohne Zweifel der Regreß auf die Hälfte desselben wider den andern offen stünde." Die letztere Behauptung muß ohne Weiters zugegeben werden, sie spricht aber geradezu für eine solidarische Haftung, da, wenn Jeder nur seinen Antheil leistet, von einem Regresse ohnehin keine Rede sein kann. — Die von Scheidlein aufgestellte „Vermuthung" finden wir aber nirgends im Gesetze ausgesprochen.

eingedrungen wären, und aus derselben Etwas herausgeworfen oder herausgegossen hätten.

5) Ob der Schade im Innern des Hauses (z. B. in einem Hofraume), oder auf der Straße, ob er an dem Vermögen (z. B. durch Beschmutzen der Kleider), oder an der Person (durch Verwundung derselben) verursacht wurde, ist gleichgiltig, und kann nur auf die Art des Schadenersatzes (§§. 1323 u. ff.) einen Einfluß üben.

6) Keinem Zweifel unterliegt es endlich, daß dem Wohnungsinhaber, wenn er den Ersatz geleistet hat, der Regreß gegen den Schuldtragenden vorbehalten bleibe (§. 1313) *).

7) Wurde aus einem Orte herausgeworfen, über welchen Niemandem eine besondere Aufsicht zukömmt (z. B. aus dem Fenster eines offenen Stiegenhauses), so kann nur derjenige, dem dießfalls unmittelbar ein Verschulden zur Last fällt, in Anspruch genommen werden.

§. 1320.

Wird Jemand durch ein Thier beschädiget, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässiget hat. Kann Niemand eines Verschuldens dieser Art überwiesen werden, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten. 6) durch ein Thier.

1) Um Beschädigungen durch Thiere zu verhüten, verordnet der §. 388 des St. G. B., daß Niemandem gestattet ist, ohne besondere Erlaubniß wilde oder ihrer Natur nach sonst schädliche Thiere zu halten. Aber auch wenn die Obrigkeit eine solche Erlaubniß ertheilt hat, ist der Eigenthümer nach §. 390 ebd. wegen sicherer Verwahrung derselben stets verantwortlich. Nach §. 391 ebd. ist ferner jeder Eigenthümer eines Hausthieres von was immer für einer Gattung, von welchem ihm eine bösartige Eigenschaft bekannt ist, verpflichtet, dasselbe sowohl im Hause, als wenn er außer dem Hause davon Gebrauch macht, so zu verwahren oder zu besorgen, daß Niemand beschädiget werden kann. Ingleichen schreibt der §. 387 ebd. in dem Falle, als an einem Hunde oder sonst einem Thiere Kennzeichen der wirklichen Wuth, oder auch nur solche wahrzunehmen sind, die vermuthen lassen, daß die Wuth erfolgen könnte, die sogleiche Anzeige vor; endlich erklärt es der §. 392 ebd. für eine Uebertretung, wenn Jemand eine von einem Thiere zugefügte Beschädigung durch Anhetzen, Reizen oder was immer für absichtliches Zuthun veranlaßt hat. Aus allgemeinen Rechtsprincipien geht ferner hervor, daß man sich gegen Beschädigungen durch Thiere, von was immer für einer Gattung, der nöthigen Vertheidigung bedienen, also sie durch anpassende Gewalt verjagen (§. 1321), ja, wenn

*) Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de coenaculo dejecit, condemnatus est, in factum dandam esse, Labeo dicit, adversus dejectorem; quod verum est. fr. 5. §. 4. l. c. (Dig. 9, 3).

kein anderes Mittel übrig bliebe, auch tödten darf*), ohne daß man jedoch berechtigt wäre, sich das getödtete Vieh zuzueignen**), wofern dasselbe nicht (wie die Raubthiere, vgl. Bd. 1, S. 754 d. W.) einen Gegenstand der freien Occupation bildet.

2) Wurde von einem Thiere wirklich ein Schade herbeigeführt, und fällt hierbei Niemandem ein Verschulden zur Last, so ist diese Beschädigung für einen Zufall zu halten, welcher nach §. 1311 denjenigen trifft, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet hat. Der Eigenthümer des Thieres ist also zu keinem Ersatze verpflichtet***). — Wenn jedoch der Beschädigte den Schaden durch Tödtung des Thieres hätte abwenden können, und es aus Schonung des Eigenthümers nicht getödtet hat, weil er wußte, daß es ein Liebling desselben sei, er also den nicht sehr beträchtlichen (?) Schaden zu ersetzen sich leicht werde bereit finden lassen, so meint Scheidlein (a. a. O. S. 132), daß die unterlassene Abwendung des Schadens als ein zum Vortheile des Eigenthümers gemachter Aufwand zu betrachten und in dieser Rücksicht der Ersatz zu leisten sei. Wir können aber dieser Ansicht nicht beipflichten, und glauben, daß den Verfasser mehr ein gewisses Billigkeitsgefühl geleitet habe, als daß ihm irgend ein bestimmter Rechtsgrundsatz vorschwebte, denn die Subsumtion unter den zu Gunsten eines Andern gemachten Aufwand erscheint doch jedenfalls als sehr gezwungen.

3) Hat Jemand die, unmittelbar von einem Thiere zugefügte Beschädigung durch sein Verschulden veranlaßt, so ist kein bloßer Zufall mehr vorhanden (§. 1311); die Verantwortung trifft also denjenigen, in dessen Absicht oder Versehen die (mittelbare) Ursache jener Beschädigung gelegen war. Ein solches Verschulden tritt insbesondere ein, wenn Jemand das Thier, das den Schaden verursachte, dazu angetrieben, oder gereizt, wenn er es übermäßig belastet hat u. dgl.; ferner wenn er die oben angeführten Vorschriften, welche der Beschädigung durch Thiere vorzubeugen bestimmt sind, übertreten hat (§. 1311)†).

---

*) Der §. 1321 steht dieser Ansicht nicht entgegen, denn er bestimmt nur, daß das Antreffen fremden Viehes auf seinem Grund und Boden den Eigenthümer an und für sich noch nicht berechtige, es zu tödten, es sagt aber keineswegs, daß die Tödtung auch dann unstatthaft sei, wenn sie sich als zur Vertheidigung nothwendig darstellt. Dieß erhellet aus §. 65 des Forstgesetzes vom 3. Decbr. 1852, Nr. 250 des R. G. Bl., welches ausdrücklich, wenn die Pfändung an Ziegen, Schafen, Schweinen und Federvieh nicht geschehen kann, gestattet, dieselben zu erschießen.

**) Deßhalb verfügt auch der weitere Inhalt des §. 65 des Gesetzes vom 3. December 1852 „das getödtete Vieh ist an Ort und Stelle für den Eigenthümer desselben zurückzulassen."

***) Anders nach römischem Recht, wo unter gewissen Voraussetzungen (Puchta, a. a. O. §. 393; Thibaut, a. a. O. §. 568) die actio de pauperie begründet war.

†) Vgl. auch mein Handbuch der österr. Verwaltungsgesetzkde. 2. Aufl. Bd. 1. S. 497 §. 245. — Eigenthümliche, mit den bisher entwickelten Principien nicht in vollem Einklange stehende Vorschriften gelten hinsichtlich der Vergütung der durch wüthende Hunde herbeigeführten Beschädigungen. Was zuförderst die Kurkosten für gebissene Personen anbelangt, so sind sie nach dem Hofkanzleidecret vom 11. Jänner 1816 (pol. G. S. Bd. 44 S. 2), dem venet. Gub.-Circ. v. 30. Juni 1824 (Coll. vol. 13, p. 290) und dem

§. 1321.

Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deßwegen noch nicht berechtiget, es zu tödten. Er kann es durch anpassende Gewalt verjagen oder wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privat-Pfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreichet. Doch muß er binnen acht Tagen sich mit dem Eigenthümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen, widrigen Falls aber das gepfändete Vieh zurück stellen.

§. 1322.

Das gepfändete Vieh muß auch zurückgestellt werden, wenn der Eigenthümer eine andere angemessene Sicherheit leistet.

1) Der deutschrechtliche Begriff der Gewere führte sehr frühzeitig zu der Anschauung, daß der Besitzer einer Liegenschaft das Recht habe, fremde Thiere, die darauf Schaden anrichten, zu ergreifen und zu pfänden*). Die Anwendung dieses Befugnisses ging auch bei uns in den Tract. de jur. incorp. über, wo es im XIV. Tit. §. 1 heißt: „wann dem Inhaber eines Grundes durch fremdes Vieh, als Roß, Ochsen, Kühe, Schweine, Geiße, Gänse u. dgl. mit Verwirrung des Samens, Zertretung oder Abzug des Gewächses oder in anderem Wege Schaden geschieht, so ist er solches Vieh, da er es auf frischer That und auf seinem gehörigen oder inhabenden Grund findet, zu pfänden und einzutreiben, auch so lang, bis man sich mit ihm um den erlittenen Schaden und die aufgegangene Fütterung nach billigen Dingen vergleicht, einzuhalten befugt". — Diesem Grundsatze ist denn selbst unser Gesetzbuch, wiewohl es sonst im §. 19 jede eigenmächtige Selbsthilfe, die nicht bloß zur Vertheidigung dient, verbietet, und im §. 471 das s. g. Retentionsrecht als unstatthaft erklärt, treu geblieben, da es gemeiniglich nur auf diesem Wege möglich wird, sowohl die Fortsetzung der

---

Hofkzldecr. v. 16. März 1837 (pol. G. S. Bd. 65 S. 94) von dem vermöglichen Eigenthümer, sonst aber zu einem Drittheil von der Ortsgemeinde, und zu zwei Drittheilen vom Staatsschatze zu tragen. — Wenn der Eigenthümer vermöglich ist, hat er auch noch die Entschädigung für das von dem tollen Hunde gebissene und daher vertilgte Nutzvieh zu leisten (Hfkzld. v. 17. Mai 1821, Goutta'sche G. S. Bd. 20 S. 313), welcher Schade jedoch, wenn der Eigenthümer selbst dürftig ist, oder gar nicht ausfindig gemacht werden kann, als bloßer Zufall zu betrachten und somit von dem Nutzvieh-Eigenthümer selbst zu tragen kömmt. Dagegen wird die Vergütung der bei einer solchen Gelegenheit entstandenen Untersuchungskosten z. B. der Diäten und Reisekosten des Sanitätspersonals, sowie des Schadens, der durch die Vertilgung der Effecten eines an der Hundswuth Verstorbenen herbeigeführt wurde, aus dem Staatsschatze geleistet, da diese Auslagen aus öffentlichen sanitätspolizeilichen Rücksichten gemacht werden müssen (Hofkzld. v. 7. Jänner 1841, nied.-öster. Pr. G. S. Bd. 23 S. 5).

*) Mittermaier, a. a. O. Bd. 1 §. 152.

Beschädigung zu hindern, als sich einen Beweis, von welchem Thiere man beschädiget worden sei, zu verschaffen, und den Eigenthümer des Letzteren, welchem der Ersatz obliegt, ausfindig zu machen *).

2) Das Befugniß der Selbstpfändung steht, — wie die eben angeführte Stelle des Tract. de jur. incorp. deutlich hervorhebt, — nicht bloß dem Eigenthümer, sondern auch dem Pächter oder Fruchtnießer des Grundes und Bodens, überhaupt demjenigen zu, welcher die Früchte desselben zu beziehen das Recht hat, und deßhalb zunächst als beschädigt erscheint. Die Ausübung derselben setzt a) einen wirklich vorhandenen Schaden voraus **), mag derselbe durch Zertreten der Pflanzungen, durch Abweiden der Saaten ***), oder sonst in anderer Weise herbeigeführt worden sein. Daß sowohl die Thatsache der Beschädigung, als das Maaß des zugefügten Schadens von dem angeblich Beschädigten erwiesen werden müsse, wurde schon oben (S. 514 d. W.) bemerkt. Ein besonderes Verschulden des Eigenthümers der gepfändeten Thiere in der Verwahrung derselben u. s. w. braucht jedoch nicht dargethan zu werden, da vielmehr das „Antreffen" des Viehes auf fremdem Grund und Boden schon eine Nachlässigkeit des Besitzers vermuthen läßt, welche ihm entweder unmittelbar, oder hinsichtlich der Auswahl des etwa bestellten Hüters zur Last fällt †). b) Die Selbstpfändung darf weiters nur „auf frischer That" geübt werden, so lange das Thier sich noch innerhalb der Grenzen des beschädigten Grundstückes befindet. Wäre dieß nicht mehr der Fall, so bleibt dem Grundeigenthümer nichts übrig, als sich im gewöhnlichen Wege an den schuldtragenden Viehbesitzer zu wenden ††), wohl aber kann er das fliehende Thier ununterbrochen verfolgen und auch während dieser Verfolgung die Pfändung vornehmen †††).

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 753.

**) Im §. 1321 heißt es ausdrücklich: . . . „als zu seiner Entschädigung hinreicht." — Auch der §. 2 des XIV. Tit. des Tract. de jur. incorp. verfügt: „Wenn ein heimisches Vieh auf fremdem Grund betreten wird, und doch keinen Schaden gethan, mag dasselbe nicht gepfändet, wohl aber von dem Grund, jedoch unbeschädigt, ausgetrieben, — widrigenfalls soll der zugefügte Schade dem, welchem das Vieh gehörig, nach billigen Dingen erstattet werden."

***) In diesem Falle gab das römische Recht die s. g. actio de pastu (Puchta und Thibaut a. a. O.).

†) Selbst §. 66 des o. a. Gesetzes vom 3. December 1852 sagt nur, daß in dem Falle, als das Vieh nachweislich nur durch Bergung in einem benachbarten Walde drohender Gefahr entzogen werden konnte (Schneeflucht, Bergung bei heftigen Gewittern, Hagelschlag u. s. w.) der vollführte Vieheintrieb nicht strafbar sei; bestimmt aber ausdrücklich, daß die hierbei verursachten Beschädigungen zu vergüten seien. — Vgl. auch Scheidlein, a. a. O. S. 141 und Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 4, S. 582. — Anderer Ansicht ist Zeiller, (Comment. Bd. 3, S. 755) und zum Theil auch Nippel, (Erläut. Bd. 8, I, S. 180), welcher wenigstens den persönlichen, durch den Werth des gepfändeten Viehes nicht gedeckten Ersatzanspruch nur dann für begründet hält, wenn den Eigenthümer des Viehes ein Verschulden trifft.

††) „Deßgleichen kann der Inhaber des Grundes, dem der Schade darauf geschehen, das Vieh auf einem andern Grund nicht mehr pfänden, sondern steht ihm allein den zugefügten Schaden bei demjenigen, dem das Vieh zugehörig, entweder in Güte, oder aber bei dessen Obrigkeit zu suchen bevor." §. 3 des Tit. XIV. Tract. de jur. incorp.

†††) Mittermaier, a. a. O.

3) Gepfändet dürfen nur so viele Viehstücke werden, als der Zweck der Pfändung erheischt, nämlich Sicherstellung für den Ersatz des angerichteten Schadens zu gewähren, zumal auch der §. 458 dem Gläubiger nur das Recht einräumt, ein angemessenes Pfand zu fordern. Dabei ist es aber nicht nothwendig, daß gerade die nämlichen Viehstücke ergriffen werden, welche den Schaden (etwa durch Abweiden u. dgl.) verursacht haben, wenn nur die gepfändeten mit diesen auch auf dem beschädigten Grundstücke angetroffen wurden. Wären dagegen mehrere Stücke gepfändet worden, als zur Sicherstellung des Beschädigten nothwendig ist, so müßte der Ueberschuß zurückgestellt werden. — In Ansehung der in seinen Händen bleibenden Viehstücke erlangt der Pfändende alle Rechte, übernimmt aber auch alle Verbindlichkeiten eines Pfandgläubigers (§. 459).

4) Da es dem Eigenthümer des gepfändeten Viehes oft sehr daran gelegen sein kann, dieses so bald als möglich zurück zu erhalten, weil er desselben z. B. zu seinem Wirthschaftsbetriebe bedarf, so verfügt das Gesetz (§. 1222) die Herausgabe desselben auch dann, wenn dem Beschädigten eine andere angemessene Sicherheit geleistet wird, welche nach §. 1374 zu beurtheilen wäre*).

Außer diesem Falle ist der Pfändende berechtigt, das Pfand nicht eher herauszugeben, bis er wegen seines Schadens, (worunter auch die Verpflegung des gepfändeten Viehes und andere nöthige Auslagen**) gehören) befriedigt ist. Um zu dieser Befriedigung zu gelangen, darf der Beschädigte nicht etwa eigenmächtig die gepfändeten Viehstücke für sich behalten oder veräußern, sondern er hat, wie überhaupt der Pfandgläubiger Behufs der Realisirung seines Pfandrechtes (§. 461), den Weg der gerichtlichen Klage einzuschlagen (S. Bd. 2, S. 82 d. W.). Hierzu ist ihm aber nur eine ganz kurze Frist, nämlich von acht Tagen (§. 1321) gegeben, damit dem Eigenthümer sein Vieh nicht zu lange entzogen werde. Läßt der Pfändende diese Frist verstreichen, ohne die Klage einzubringen, oder sich mit dem Eigenthümer des Viehes abzufinden, so muß er auf Verlangen dieses zurückstellen; er verliert also sein Pfand, nicht aber auch seinen persönlichen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Schuldtragenden.

Die Klage ist der Regel nach bei dem Civilrichter anzubringen, und gegen den Eigenthümer der gepfändeten Viehstücke zu richten. Könnte dieser nicht ausgemittelt werden, so ist ein Curator ad actum aufzustellen, gegen welchen das Verfahren durchgeführt, und die Execution des gepfändeten Viehes erwirkt werden kann. Gehört dieß mehreren Eigenthümern, so können sie solidarisch in Anspruch genommen werden, da sich die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung nicht ermitteln lassen***). Ist durch

*) Der Tract. de jur. incorp. (Tit. XIV. §. 1) ging noch weiter, und bestimmte, „daß wenn derjenige, dem das Vieh gehörig, um den Schaden genugsam gesessen, ihm der Inhaber des Grundes auf vorgehende unparteiische nachbarliche Besichtigung und Schätzung des Schadens, das Vieh erfolgen lassen, sodann der Obrigkeit Erkenntniß erwarten solle." Nur „gegen einen, der nicht genugsam gesessen, noch genugsame Bürgschaft leistet, mag das gepfändete Vieh, bis zu derlei Erkenntniß wohl behalten werden."

**) Z. B. für die zum Abtriebe des Viehes aufgebotenen Leute. §. 64 des Forstgesetzes vom 3. December 1852.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 137.

den Eintrieb des Viehes auf fremdem Grund und Boden zugleich eine strafbare Handlung (z. B. ein Waldfrevel) begangen worden, so ist bei der zum Verfahren hiefür competenten Strafbehörde auch das Begehren um Schadenersatz anzubringen; und zwar da das Gesetz nicht unterscheidet *) gleichfalls binnen acht Tagen, widrigens das gepfändete Vieh zurückgestellt werden müßte, ohne deßhalb aber der Einleitung des Strafverfahrens (wenn nicht die strafrechtliche Verjährung bereits eingetreten ist) ein Hinderniß in den Weg zu legen.

§. 1323.

Arten des Schadenersatzes.

Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß Alles in den vorigen Stand zurück versetzet, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswerth vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt.

1) Nachdem in den vorhergehenden Paragraphen festgesetzt wurde, wer für einen entstandenen Schaden zu haften habe, geht das Gesetz nun darauf über, zu bestimmen, auf welche Art und in welchem Maße der Ersatz für denselben zu leisten sei. Der Schade ist, wie schon oben S. 510 angegeben wurde, die Differenz zwischen dem Zustande, in welchem sich das Vermögen (oder die Person) eines Menschen nach eingetretener Beschädigung befindet, und demjenigen, in welchem es sich befinden würde, wenn jene Beschädigung nicht stattgefunden hätte; der Natur der Sache nach muß demzufolge die Entschädigung darin bestehen, daß die gedachte Differenz ausgeglichen, also derjenige Zustand hergestellt werde, welcher ohne die zugefügte Beschädigung eingetreten wäre. Demnach käme jederzeit nicht nur der wirkliche positive, sondern auch der negative Schade, der entgangene Gewinn zu ersetzen**).

Unser Gesetzbuch ist aber von diesem Grundsatze abgegangen, und hat den Beschädiger unter gewissen Voraussetzungen (§. 1324) bloß zum Ersatze des wirklich erlittenen Schadens verpflichtet. Dieses Maß des Ersatzes wird dann mit dem Namen der Schadloshaltung bezeichnet, während der Ersatz, wenn er auch den entgangenen Gewinn (und die Tilgung der verursachten Beleidigung) umfaßt, im Gesetze die volle Genugthuung

---

*) Im §. 64 des Forstgesetzes v. 3. Decbr. 1852 ist dieß sogar ausdrücklich bestimmt. Wir können demnach die Ansicht des Herrn Pawlowicz (Haimerl's Mag. Bd. 8, S. 322) nicht für richtig erkennen, zufolge welcher in dem von uns vorausgesetzten Falle die achttägige Frist des §. 1321 erst von dem Tage der Zustellung des strafrichterlichen Ausspruches an den Damnificaten gerechnet werden soll.

**) In lege . . . Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. fr. 33 in fin. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2).

genannt wird. Es ist aber auch noch ein dritter Fall möglich, wo eine effective Verringerung des Vermögens einer Person gar nicht eingetreten ist, wohl aber eine Vermehrung desselben vereitelt wurde, wie wenn z. B. ein Erblasser, der Jemandem einen Nachlaß zugedacht hat, an der förmlichen Erklärung des letzten Willens durch List oder Gewalt verhindert wurde *).

2) Der Ersatz des „erlittenen Schadens" wird dadurch herbeigeführt, daß der vorige Zustand wieder hergestellt, also z. B. die gestohlene Sache zurückgegeben, die beschädigte ausgebessert, die gefangen gehaltene Person in Freiheit gesetzt wird u. dgl. — Häufig ist aber diese Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht möglich, wenn eine Sache verloren und nicht wieder aufgefunden, oder wenn sie (z. B. ein Spiegel) so verletzt wurde, daß sie nicht wieder hergestellt werden kann. In derlei Fällen bleibt nichts anders übrig, als ein Aequivalent an die Stelle dessen treten zu lassen, was nicht geleistet werden kann. Bei vertretbaren Sachen (Bd. 1, S. 622 d. W.) wäre die Tilgung des Schadens dadurch möglich, daß anstatt der zerstörten oder beschädigten Sache eine andere der gleichen Gattung und Beschaffenheit (z. B. statt eines verbrannten oder beschmutzten Buches ein anderes Exemplar derselben Auflage) gegeben würde. Allein das Gesetz hat, wahrscheinlich um Streitigkeiten, die hier leicht entstehen könnten, zu vermeiden, den durchgreifenden Grundsatz aufgestellt, daß in einem solchen Falle der Schätzungswerth zu vergüten sei. Was hierunter zu verstehen komme, ist bereits (Bd. 1, S. 624 d. W.) erörtert worden; und es wird sich bei der Erläuterung der §§. 1331 u. 1332 zeigen, welcher Werth in jedem einzelnen Falle vergütet werden muß, ob nämlich der gemeine Werth, oder der außerordentliche Werth, oder der Werth der besonderen Vorliebe.

3) Auch bei der Vergütung des entgangenen Gewinnes könnte die Ausgleichung in doppelter Weise erfolgen, nämlich dadurch, daß dem Beschädigten wirklich jener Vortheil verschafft wird, den er ohne die eingetretene Beschädigung erlangt hätte (z. B. der Ring, den ihm der, an der Errichtung seines letzten Willens gehinderte Erblasser zugedacht hatte), oder daß er den Schätzungswerth dafür erlangt. Letzteres scheint, wiewohl das Gesetz dessen nicht insbesondere erwähnt, als Regel angenommen werden zu müssen. — Als entgangener Gewinn kommt aber nur derjenige anzusehen, den der Beschädigte wirklich gemacht haben würde, wenn das beschädigende Ereigniß nicht dazwischen getreten wäre. Hierüber wird wohl meistentheils das richterliche Ermessen zu entscheiden haben, da sich allgemeine Grundsätze dießfalls nicht aufstellen lassen **).

Zur vollen Genugthuung gehört nach §. 1323 auch die Tilgung der verursachten Beleidigung. Es ist nicht klar, was das Gesetz eigentlich hierunter verstanden hat. In dem Entwurfe (III. Thl. §. 419)

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 3, S. 759.

**) Vergl. den Aufsatz von Dr. Esmarch in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 6, und die darin angeführte Schrift von Mommsen (Beiträge zum Obligationenrecht. II. Abthlg. Braunschweig 1855).

hieß es: „oder" die Tilgung der verursachten Beleidigung, was auf jene Beschädigungen hinzudeuten scheint, die nicht am Vermögen, sondern am Körper, an der Freiheit oder an der Ehre zugefügt werden *).

§. 1324.

In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtiget. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurtheilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sei.

1) Wir haben schon oben (S. 512 u. 513) angedeutet, daß unser Gesetz zwar insoferne nicht zwischen den Graden des Verschuldens unterscheidet, als davon die Frage der Haftung überhaupt abhängig gemacht wird, daß es aber allerdings neben der bösen Absicht (dolus) zwei Grade des Verschuldens (eine auffallende und eine mindere Sorglosigkeit — culpa lata und culpa levis) kennt, von denen das Maß der zu leistenden Entschädigung abhängig gemacht wurde. Nicht bloß der Ersatz des wirklich erlittenen Schadens, sondern die volle Genugthuung ist nämlich vorerst dann zu leisten, wenn die Beschädigung in böser Absicht, d. i. mit Wissen und Willen (§. 1294) vorgenommen wurde, wobei es dann weiter auf das eigentliche Motiv der rechtswidrigen Handlung oder Unterlassung nicht ankömmt (S. oben S. 511) **). Eine solche Willensrichtung wird übrigens nicht vermuthet (§§. 17 u. 1296), sondern müßte von demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden.

2) Zum Theile, weil dieser Beweis in vielen Fällen sehr schwierig zu führen sein dürfte, hat das Gesetz in privatrechtlicher Beziehung ***) der bösen Absicht die auffallende Sorglosigkeit gleichgestellt (§. 1331) †). Was unter dieser zu verstehen sei, ist in dem Gesetze nirgends bestimmt aus-

---

*) Ellinger (Handb. S. 498) versteht unter der Tilgung der Beleidigung die eigentliche Schadloshaltung durch öffentlichen Widerruf der Injurie, geräth aber dadurch mit dem Gesetze in offenbaren Widerspruch, da die bloße Schadloshaltung von der Tilgung der Beleidigung auf das Bestimmteste unterschieden wird.

**) Wer also durch ein fremdes Saatfeld reitet, handelt dolose, wenn er gleich nur den Weg abkürzen, nicht aber dem Grundbesitzer an seinen Feldfrüchten Schaden zufügen wollte. Nippel, Erläut. Bd. 8, I. S. 185.

***) Anders im Strafrechte.

†) Diese Gleichstellung der groben Fahrlässigkeit (culpa lata) und des bösen Vorsatzes (dolus) — in vielen, wenngleich nicht in allen Puncten — ist schon im römischen Rechte begründet: Lata culpa plane dolo comparabitur. fr. 1. §. 1. Dig. si mensor etc. (11, 6). — Quod Nerva dicebat: latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi [Celsus spricht] verissimum videtur. fr. 32. Dig. depos. (16, 3). — Dissoluta . . . negligentia prope dolum est. fr. 29. pr. Dig. mand. (17, 1). — Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. fr. 226. Dig. de verb. sign. (50, 16).

gedrückt. Die Nichtanwendung eines solchen Grades von Fleiß und Aufmerksamkeit, welche bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann, scheint aber dazu nicht hinreichend zu sein, weil ein derartiger Mangel nach §. 1297 überhaupt schon ein Versehen begründet. Es scheint also zum Begriffe der „auffallenden Sorglosigkeit" die Vernachlässigung selbst jener Aufmerksamkeit zu gehören, welche sogar ein minder vorsichtiger Mensch anzuwenden pflegt*). Demnach wird allerdings von einem groben Versehen die Rede sein können, wenn Jemand nicht vorhersah, daß seine Handlung einen nachtheiligen Erfolg haben werde, dieses Nichtvorhersehen aber bei der geringsten Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können (wie wenn z. B. Jemand bei heftigem Winde in einem Walde Feuer anmacht, ohne zu bedenken, daß dieses um sich greifen, und einen Waldbrand verursachen könne)**), oder wenn der Handelnde zwar vorhersah, daß seine Thätigkeit wahrscheinlich einen Schaden herbeiführen werde, wenn er sich aber leichtsinniger Weise damit tröstete, daß dieser Nachtheil vielleicht doch nicht eintreten dürfte. Der Umstand, daß Jemand in der Versorgung fremder Angelegenheiten eine geringere Sorgfalt verwendet, als in seiner eigenen***), scheint uns dagegen noch nicht hinreichend, um eine auffallende Sorglosigkeit zu begründen. Der Handelnde könnte ja eben in der Besorgung seiner eigenen Sachen sehr vorsichtig und behutsam sein, in welchem Falle dann jede geringere Achtsamkeit, wenn sie gleich noch dem gewöhnlichen Fleiße entspricht, schon zu einem groben Versehen würde. Es scheint daher nach unserem Gesetze immer nur der objective Maßstab angelegt werden zu müssen, um zu beurtheilen, ob eine auffallende Sorglosigkeit vorhanden ist oder nicht, so daß es nach österreichischem Rechte auch keine culpa lata in concreto (s. oben S. 512 u. 515) geben dürfte.

§. 1325.

Wer Jemanden an seinem Körper verletzet, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzet ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst, und bezahlet ihm auf Verlangen überdieß ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzengeld.

Insbesondere 1) bei Verletzungen an dem Körper.

1) Wenn Jemand an seinem Körper verletzt wurde, sei es durch Beibringung einer Wunde, sei es durch Zuziehung einer Krankheit (z. B. in

*) Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt. fr. 213. §. 2. Dig. de verb. sign. (50, 16). — Latae culpae finis est, non intelligere quod omnes intelligunt. fr. 223 ibd.

**) Vgl. fr. 30, §. 3. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2).

***) Unger, System des österr. allg. Privatrechts, Bd. 2, I. S. 241. — Auch die vom Verf. angeführten Stellen des römischen Rechtes (fr. 32. Dig. depos. [16, 3] und fr. 22, §. 3. Dig. ad sc. Trebell. [36, 1]) sprechen nur von dem Falle, wo der Schuldtragende in seinen eigenen Angelegenheiten nachlässig ist — rebus suis consueta negligentia. — Vgl. auch Puchta, am a. O. §. 266 am Ende.

Folge einer Verwechslung von Arzeneien), so besteht die Entschädigung zunächst darin, daß der vorige Gesundheitszustand durch ärztliche oder wundärztliche Hilfe u. dgl. so weit es thunlich ist, wieder hergestellt werde. Der Beschädiger hat die hiefür entfallenden Kosten — die Heilungskosten — zu ersetzen*). Hierunter gehören nicht nur die Belohnung der Aerzte oder Wundärzte, sondern auch die Auslagen für Arzenein, für Krankenpflege, für die kostspieligere Nahrung, welche der Krankheitszustand etwa nothwendig macht, für Bäder u. dgl., wohl auch für künstliche Vorrichtungen, welche etwa die unbrauchbar gewordenen Gliedmaßen ersetzen sollen, z. B. für künstliche Arme, Beine u. dgl. Die Wahl des Arztes und der Heilmittel bleibt natürlich dem Beschädigten vorbehalten. Würden nun aus seinem Verschulden — z. B. weil er sich einem bekannten Quacksalber anvertraute — unnöthige oder nicht zweckmäßige Kosten aufgewendet, so würde der Beschädigte nach §. 1304 den Schaden verhältnißmäßig mit dem Beschädiger zu tragen haben. Konnte dagegen dem Verletzten dießfalls kein Verschulden zur Last gelegt werden, so hat der Beschädiger auch die unzweckmäßig aufgewendeten Kosten zu ersetzen, und könnte sich höchstens im Regreßwege an dem Schuldtragenden Dritten erholen.

2) Dem Beschädigten gebührt ferner der „entgangene Verdienst" **), den er nämlich wegen der eingetretenen Verletzung oder Krankheit zu erlangen nicht im Stande war. Der hiefür zu entrichtende Betrag müßte nach dem bisherigen Erwerbe des Verletzten ausgemittelt werden.

3) Ist die körperliche Verletzung von der Art, daß die Heilung nicht vollkommen bewerkstelligt werden kann, indem z. B. eine Gliedmaße unbrauchbar wurde, oder eine gewisse Schwäche oder Reizbarkeit im Organismus zurückblieb, so daß der Beschädigte entweder gänzlich erwerbsunfähig, oder wenigstens zu jenem Erwerbe untauglich wird, dem er sich ohne die eingetretene Verletzung hätte widmen können***), so ist dem Beschädigten

---

*) Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum, effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestandas, caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt. fr. 7. Dig. de his quae eff. (9, 3).

**) Die o. a. Digestenstelle fährt fort: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est.

***) Wie wenn z. B. einem Kupferstecher durch eine ihm beigebrachte Kopfwunde eine unheilbare Augenschwäche zugezogen wurde, die es ihm unmöglich macht, die Kupferstecherkunst fortan auszuüben, ungeachtet er zu anderer Beschäftigung fähig erscheint. — In diesem Sinne erfloß die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 8. Mai 1855. Z. 4325 (allg. öst. Ger.-Ztg. 1856, Nr. 11), in welcher es ausdrücklich heißt: „Das Gesetz, welches die Art des zu leistenden Schadenersatzes bei Verletzungen am Körper feststellt, fordert nicht, daß der Beschädigte gänzlich erwerbsunfähig wurde, wenn von einem Ersatzanspruche die Rede sein soll. — Wenn der Verletzte durch die ihm zugefügte körperliche Verletzung unfähig wurde, sich durch das von ihm erlernte Gewerbe etwas zu verdienen, so ist der Beschädiger verpflichtet, ihm diesen künftig entgehenden Verdienst zu ersetzen, weil die Schadloshaltung in der Zurückversetzung des Beschädigten in den vorigen Stand, oder wo diese unmöglich ist, in der Bezahlung des Schätzungswerthes, d. i. eines Aequivalentes besteht, welches dem Betrage gleichkommt, den der Beschädigte sich in seinem Gewerbe verdient haben würde.

auch dieser künftig entgehende Verdienst zu ersetzen*). Der Natur der Sache nach muß auch hier das richterliche Ermessen eintreten, um den Entschädigungsbetrag zu bestimmen. Der Ersatz kann sohin durch Leistung einen Capitals oder durch die Bezahlung einer fortlaufenden Rente Platz greifen, welch' letztere nach der Analogie des §. 1418 immer wenigstens auf einen Monat voraus zu entrichten käme.

4) Endlich spricht das Gesetz dem Beschädigten auch noch auf Verlangen ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzengeld zu, durch welches gleichsam das erlittene Ungemach ausgeglichen werden soll. Eine eigentliche Schätzung kann hierbei offenbar nicht Statt finden**), der Richter hat also mit Rücksicht auf die größeren oder geringeren Schmerzen, die der Beschädigte zu dulden hatte, auf seine Körperbeschaffenheit und seine Vermögensumstände nach billigem Ermessen einen Betrag festzustellen, welcher von dem Beschädiger zu entrichten kommt.

5) Bestritten ist hierbei die Frage, ob das Schmerzengeld so wie der künftig entgehende Verdienst in jedem Falle einer körperlichen Verletzung, oder nur dann zu entrichten sei, wenn dieselbe aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit zugefügt wurde. Scheidlein (a. a. O. S. 149 u. 151) vertheidigt die letzterwähnte Meinung. Allein abgesehen davon, daß es immerhin bezweifelt werden könnte, ob die in Frage stehenden Leistungen nicht schon zur eigentlichen Schadloshaltung gehören, so scheint der §. 1325 zwischen den verschiedenen Graden des Verschuldens keinen Unterschied zu machen, da es im Eingange desselben ohne weitere Unterscheidung heißt: „Wer jemanden an seinem Körper verletzt u. s. w.", so daß hier vielmehr eine Ausnahme von der im §. 1324 aufgestellten Regel vorliegen dürfte***).

§. 1326.

Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden, so muß, zumal wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.

1) Die durch eine körperliche Verletzung herbeigeführte Verunstaltung bildet an und für sich keinen Gegenstand einer Entschädigung, da sich auch hierbei eine Schätzung eigentlich nicht denken läßt†).

---

*) S. die oben angef. Stelle im fr. 7. Dig. (9, 3).

**) Auch der Schätzungseid der Partei ist nicht erforderlich, wie (in einem von der allg. öst. Ger.-Ztg. 1854 Nr. 84 mitgetheilten Rechtsfalle) von dem obersten Gerichtshofe unterm 9. Decbr. 1852, Z. 12390, entschieden wurde.

***) Nippel, Erläut. Bd. 8, I. S. 190. — Winiwarter, bürg. Recht, Bd. 4, S. 585. — Ellinger, Handb., S. 499.

†) Cicatricum . . . aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. fr. 7. Dig. l. c. (9, 3). — Ex hac lege jam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patremfamilias aut filium familias vulneraverit quadrupes, scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, quum liberum corpus aestimationem

Eine solche Verunstaltung kann aber zugleich, namentlich bei Personen weiblichen Geschlechtes, einen materiellen Nachtheil herbeiführen, indem sie ihrem besseren Fortkommen, der Aussicht auf eine vortheilhafte Heirath und dergleichen entgegensteht. Der Entgang dieses Gewinnes muß dann auch nach einem billigen, von dem Richter im Hinblick auf die obwaltenden Umstände festzusetzenden Ausmaße ersetzt werden.

2) Die in Frage stehende Ersatzpflicht tritt übrigens nur bei dolosen Körperverletzungen ein, da sich das Gesetz des Ausdruckes „Mißhandlung" (vgl. die §§. 109 u. 115) bedient, und es dürfte in dieser Beziehung eine auffallende Sorglosigkeit der bösen Absicht nicht gleichgehalten werden.

§. 1327.

Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzet werden.

1) Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so sind zuvörderst nach dem Inhalte des vorstehenden Paragraphen alle (dadurch herbeigeführten) Kosten zu ersetzen. Hierunter gehören die Kosten der versuchten Heilung, die Begräbnißkosten (§. 549)*), der während der Krankheit entgangene Verdienst, ja auch das Schmerzengeld, wenn der Verstorbene seinen Anspruch darauf bereits geltend gemacht, da dieser Anspruch nicht als ein höchst persönlicher, mit dem Tode erlöschender angesehen werden kann**).

2) Die vom Gesetze dem Beschädiger auferlegte Ersatzpflicht geht aber noch weiter. So wie nämlich nach §. 1325 dem Verletzten selbst auch der künftig entgehende Verdienst ersetzt werden muß, so kömmt im Falle seines Todes ein ähnlicher Ersatz jenen Personen zu leisten, welche dadurch in einem Rechtsanspruche beeinträchtigt worden sind***). Dieß können sein: die hinterlassene Gattin, die nach §. 191, die ehelichen, sowie die unehelichen und die Wahl-Kinder, die nach §§. 141—143, 166 u. 183 von dem Verstorbenen den Unterhalt anzusprechen hatten, und deren das Gesetz ausdrücklich erwähnt, weil sie am häufigsten durch den Tod des Familienvaters zu Schaden kommen können; es dürften aber wegen der

---

non recipiat, sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quaeque amissurus quis esset, inutilis factus. fr. 3. Dig. si quadrup. (9, 1).

*) Winiwarter (bürgerl. Recht. Bd. 4. S. 587) will die Leichen- und Trauerkosten nicht hierher rechnen, weil sie in jedem Falle des Ablebens eingetreten wären; allein dieses Ableben selbst wäre ohne die eingetretene Beschädigung jetzt nicht erfolgt, sie sind also doch durch diese herbeigeführt worden.

**) Vergl. den in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1854 Nr. 61 mitgetheilten Rechtsfall.

***) Vgl. den Aufsatz von Lorenz Schuster, in Haimerl's Mag. Bd. 11, S. 261. — Dagegen könnte, — wie der Verfasser bemerkt, — ein Bettler, dem der Verstorbene ein Almosen zu geben pflegte, keinen Entschädigungsanspruch geltend machen.

Gleichheit des Grundes auch die Aeltern, wenn sie sich in Dürftigkeit befanden (§. 154), oder derjenige, dem der Getödtete eine Unterstützung in gewissen Fristen durch seine Lebenszeit zugesichert hatte (§. 955), oder der Käufer einer, auf den Kopf des Verstorbenen gestellten Leibrente (§. 1285) u. a. m. hierher zu zählen sein.

3) Den genannten Personen kömmt das zu vergüten, was ihnen durch den Tod des Verletzten entgangen ist, also derjenige Unterhalt, den sie von ihm anzusprechen gehabt hätten (oder in den letzterwähnten Fällen der zugesicherte Unterstützungsbetrag und die Leibrente). Da dieser mit der Verbesserung der Vermögensumstände des Unterhaltspflichtigen sich erhöhen kann, so dürfte bei dem von dem Richter zu bestimmenden Ausmaße jedenfalls auch hierauf Rücksicht zu nehmen sein*).

Ebenso müßte die wahrscheinliche Dauer, durch welche der entgangene Bezug stattgefunden hätte, d. i. die muthmaßliche Lebensdauer des Verstorbenen, nach billigem Ermessen, allenfalls mit Zugrundlegung eines ärztlichen Gutachtens, von dem Richter festgestellt werden**).

4) Im Wege einer unabweislichen Analogie dürften die Bestimmungen des §. 1327 auch dann zur Anwendung gebracht werden, wenn die Beschädigung den Wahnsinn des Verletzten herbeigeführt, und diesen dadurch unfähig gemacht hätte, für seinen und der Seinigen Unterhalt zu sorgen. In Ansehung des wahnsinnig Gewordenen selbst aber würde zugleich die Vorschrift des §. 1325 als Richtschnur zu dienen haben.

§. 1328.

Wer eine Weibsperson verführet, und mit ihr ein Kind zeuget, bezahlet die Kosten der Entbindung und des Wochenbettes, und erfüllet die übrigen, in dem dritten Hauptstücke des ersten Theiles festgesetzten Vaterspflichten. In welchen Fällen die Verführung zugleich als ein Verbrechen oder als eine schwere Polizei-Uebertretung bestraft werde, enthält das Strafgesetz.

---

*) Ein solcher Fall würde z. B. bei einem Beamten eintreten, welcher bei fortgesetzter Dienstleistung eine Erhöhung seines Gehaltes zu erwarten hatte (Winiwarter bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 588). — Nippel (Erläut. Bd. 8, I. S. 194) will auf derlei Umstände gar keine Rücksicht nehmen, weil sie bloß in das Reich der Möglichkeit oder höchstens der Wahrscheinlichkeit gehören. — Allein dieß scheint ihrer Berücksichtigung nicht entgegenzustehen, da die meisten der in den §§. 1325—1327 zuerkannten Ansprüche auf einer gleich unsichern Basis beruhen. — Scheidlein (a. a. O. S. 160) will zwischen einer dolosen und einer culposen Tödtung unterscheiden, wogegen jedoch bereits oben (S. 551 d. W.) bemerkt wurde, „daß diese Unterscheidung bei dem Ersatze in Folge einer körperlichen Verletzung nicht statthaft sei."

**) Winiwarter (bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 587) meint, daß im Allgemeinen die höchste wahrscheinliche Lebensdauer nach der Analogie des §. 24 mit 80 Jahren als Maßstab anzunehmen sei; allein die Anordnung des gedachten Paragraphen scheint nicht geeignet, hier eine Analogie abzugeben, da sie denn doch auf wesentlich verschiedenen Voraussetzungen beruht.

1) Die Verführung einer Frauensperson, d. i. die Verleitung derselben zur Unzucht*), begründet an und für sich nach unserem Gesetze keinen Anspruch auf Schadenersatz, da die weibliche Tugend einer Schätzung im Gelde nicht fähig ist. Wenn aber zugleich die Zeugung eines Kindes erfolgte, so treten überdieß Nachtheile ein, welche einen Ersatz allerdings zulassen, den das Gesetz daher auch dem Verführer auferlegt. Der §. 1328 erwähnt insbesondere der Kosten der Entbindung und des Wochenbettes, also des Deservites der Hebamme oder des Geburtshelfers u. dgl. — Hieraus folgt aber keineswegs, daß die Verführte nicht auch noch weitere Ansprüche zu stellen habe, die ihr aus allgemeinen Grundsätzen (§§. 1323 u. 1325) gebühren. Deßhalb scheint uns die Ansicht Scheidlein's (a. a. O. S. 163) richtig zu sein, daß ihr auch der schon durch einige Zeit vor ihrer Entbindung und während des Wochenbettes entgehende Verdienst, sowie die Heilungskosten im Falle einer ihr durch die Entbindung zugestoßenen Krankheit zu ersetzen kommen **).

2) Daß der Erzeuger eines unehelichen Kindes auch die Vaterpflichten in Ansehung desselben zu erfüllen habe, erhellet schon aus der Verfügung der §§. 166 u. 167, doch ist diese Verpflichtung von einer Verführung der Mutter unabhängig, da sie nach unserem Gesetze nicht auf einem Delicte sondern auf dem Factum der Zeugung beruht***).

3) Da das Gesetz nur die Zeugung, nicht auch die Geburt eines Kindes voraussetzt, um die Entschädigungspflicht des Verführers zu begründen, so muß diese auch dann eintreten, wenn ein abortus erfolgte, und der Mutter dadurch Kosten (z. B. Krankheitskosten) verursacht wurden. — Wohl würde sie aber entfallen, wenn keine Verführung Platz gegriffen hat, weil hier die Geschwängerte selbst an dem ihr zugegangenen Schaden Schuld trägt. Eine Verführung kann übrigens nicht, wie Scheidlein (a. a. O. S. 162) meint, im Allgemeinen vermuthet werden, sondern es käme vielmehr aus den Verhältnissen beider Personen in jedem einzelnen Falle zu beurtheilen, ob der Mann als Verführer anzusehen sei †).

§. 1329.

2) an der persönlichen Freiheit.

Wer Jemanden durch gewaltsame Entführung, durch Privat-Gefangennehmung oder vorsätzlich durch einen wider-

---

*) Als Verbrechen wird nach §. 132 des St. G. B. die Verführung behandelt, wodurch Jemand eine seiner Aufsicht oder Erziehung oder seinem Unterrichte anvertraute Person zur Begehung oder Duldung einer unzüchtigen Handlung verleitet.

**) Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 763) meint, der Verführten werde außer den Kosten der Entbindung und des Wochenbettes keine Entschädigung ausgemessen, weil sie selbst nicht vom Verschulden freigesprochen werden kann. — Allein diese Voraussetzung ist durch nichts begründet. Eben so wenig stichhaltig scheint uns Nippel's Ansicht (Erläut. Bd. 8, I. S. 197), daß eine weitere Entschädigung nur dann Platz greife, wenn die Verführung zugleich nach dem allgemeinen Strafgesetzbuche als strafbar erscheint, — da das Gesetz für diese Unterscheidung gar keinen Anhaltspunkt gewährt.

***) Vergl. Dr. Unger: über die exceptio plurium concubentium im heutigen österreichischen Recht, (allg. öst. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 135).

†) Nippel, Erläut. Bd. 8, I. S. 196.

rechtlichen Arrest seiner Freiheit beraubet, ist verpflichtet, dem Verletzten die vorige Freiheit zu verschaffen, und volle Genugthuung zu leisten. Kann er ihm die Freiheit nicht mehr verschaffen, so muß er dessen Weibe und Kindern, wie bei der Tödtung, Ersatz leisten.

1) Jede widerrechtliche Verletzung der Freiheit begründet schon nach allgemeinen Principien die Verpflichtung, sobald sie als solche erkannt wurde, von der weiteren Fortsetzung derselben abzulassen, also dem Gefangenen seine Freiheit wieder zu verschaffen, den Zwang, der bezüglich einer Erklärung des letzten Willens (§. 542) oder eines Vertrages §. 870 geübt wurde, aufzugeben u. dgl. m. Fällt überdieß dem Verletzten ein Verschulden zur Last, so ist er (nach §. 1295) den Schaden zu ersetzen, mithin so weit es thunlich ist, den vorigen Zustand wieder herzustellen verbunden (§. 1323). Hierzu genügt aber nicht die Zurückverschaffung der vorigen Freiheit, sondern es müssen auch die anderweitigen Nachtheile vergütet werden, die mit der unbefugten Entziehung oder Einschränkung derselben verknüpft waren, z. B. der Entgang des Verdienstes während der Gefangenhaltung (vgl. §. 1325) u. s. w. Ja, gleichwie das Schmerzengeld ein Aequivalent für die erduldeten Leiden zu bilden bestimmt ist, die weder ungeschehen gemacht, noch einer eigentlichen Schätzung unterworfen werden können, so dürfte auch für das mit der Freiheitsentziehung verbundene Ungemach in allen Fällen von dem Richter ein billiges Entgelt ausgemessen und dem Verletzten zugesprochen werden*).

2) Ob der Beschädigte außerdem auch noch auf den Ersatz des entgangenen Gewinnes einen Anspruch habe, ist von dem Umstande abhängig, ob dem Verletzer böse Absicht, oder eine auffallende Sorglosigkeit, oder aber nur ein geringes Versehen zur Last fällt. Der §. 1329 hebt drei Fälle hervor, die wohl zu den gewöhnlichsten Arten der Freiheitsentziehung gehören dürften, und jederzeit auch eine strafbare Handlung**) begründen. Da sie zu ihrem Begriffe eine böse Absicht voraussetzen, so ist es mit dem im §. 1324 aufgestellten Grundsatze in vollkommenem Einklange, wenn für den Fall ihres Eintrittes die Pflicht zur Leistung der vollen Genugthuung ausgesprochen wird. Wir glauben aber hieraus nicht folgern zu dürfen, daß in andern Fällen das Recht, die volle Genugthuung zu begehren, ausgeschlossen sei, dafern in denselben nur die Bedingungen das §. 1324 vorhanden sind. So ist z. B. nicht abzusehen, warum nur die „gewaltsame", und nicht auch die durch List bewirkte Entführung (vgl. §. 96 d. St. G. B.) die Pflicht zur Leistung der vollen Genugthuung begründen sollte.

---

*) In diesem Sinne scheint die Verfügung des §. 282 der allg. (§. 373 der galiz., §. 363 der ital. und §. 403 der ungar. und siebenb. G. O.) aufgefaßt werden zu müssen, zufolge welcher bei verhängtem provisorischen Arreste, wenn die Klage zur Rechtfertigung desselben in der gehörigen Zeit nicht eingereicht, oder die Forderung des Arrestwerbers für ungegründet erkannt worden wäre, dem Arrestirten eine billige Genugthuung für den erlittenen Schimpf und Schaden auszumessen kömmt.

**) Vgl. die §§. 90, 93, 94, 96 und 331 des St. G. B.

3) Könnte dem Verletzten die vorige Freiheit nicht wieder verschafft werden, entweder weil sein Aufenthalt gänzlich unbekannt ist, oder weil er der Gewalt, in die er überliefert wurde, nicht mehr entrissen werden kann, so tritt eine ähnliche Verfügung wie im Falle des §. 1327 ein, es kommen daher die dort gemachten Bemerkungen auch hier zu wiederholen. Wäre der Verhaftete in der Gefangenschaft verstorben, so dürfte, wie Scheidlein (a. a. O. S. 172) hervorhebt, zu unterscheiden sein, ob der Tod durch die Gefangenschaft veranlaßt wurde, oder ob er auch ohne dieselbe eingetreten wäre. Im ersten Falle hat der Verletzer für denselben, als eine mittelbare Folge seiner Handlung, zu haften (§. 1327); im zweiten Falle würde dagegen mit dem Tode des Verletzten auch die Pflicht zur Leistung einer weiteren Entschädigung aufhören.

§. 1330.

3) an der Ehre.

Wenn Jemandem durch Ehrenbeleidigungen ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtiget, Schadloshaltung oder volle Genugthuung zu fordern.

1) Ehre ist die sittliche Achtung, welche Jemandem von seinen Mitbürgern gezollt wird*). Eigenschaften, Gesinnungen oder Handlungen, welche vor dem sittlichen Urtheile als verwerflich erscheinen, können eine Verminderung derselben herbeiführen. Dieß ist dann eine natürliche Folge des eingetretenen Verschuldens, welche der an seiner Ehre Geminderte sich selbst zuzuschreiben hat. Eine solche Ehrenminderung kann aber auch durch Aeußerungen anderer Personen herbeigeführt werden, die Jemandem verächtliche Eigenschaften (z. B. Hang zur Trunkenheit) oder Gesinnungen (z. B. Heuchelei) beilegen, die ihn verächtlicher Handlungen (z. B. eines begangenen Verbrechens) zeihen. Diese Aeußerungen können in Worten, Zeichen, bildlichen Darstellungen oder Thätlichkeiten bestehen, und absichtlich oder unabsichtlich vorgenommen werden. Sind diese Aeußerungen unwahr, so enthalten sie jedenfalls eine Rechtsverletzung, welche aber dem Verletzer nur dann zugerechnet werden kann, wenn sie auf einer bösen Absicht oder auf einem Versehen beruht (§. 1295). Alle derlei widerrechtlichen Kränkungen der Ehre hat unser Gesetz zugleich für strafbar erklärt (§. 1339), und zwar im Allgemeinen als s. g. „Vergehungen" bei schwererer Beschaffenheit aber als Uebertretungen (S. das XII. H. St. des St. G. B.), oder sogar als Verbrechen (§. 209 des St. G. B).

Enthält die Aeußerung dagegen nichts als die Wahrheit, so kann darin nicht immer eine Rechtsverletzung erkannt, es muß also in strafrechtlicher Beziehung die s. g. Einwendung der Wahrheit (exceptio veritatis) unter gewissen Voraussetzungen gestattet werden**), womit auch die

---

*) Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus. fr. 5. §. 1. Dig. de extr. cogn. (50, 13.)

**) Siehe über diese Einwendung den interessanten Aufsatz von Dr. Rizy, in Nr. 141 u. ff. der allg. österr. Ger.-Ztg. vom Jahr 1852.

civilrechtliche Haftung entfällt. Nach unserem Strafgesetze ist die in Frage stehende Einwendung nur dann ausgeschlossen, wenn in Druckwerken, verbreiteten Schriften oder bildlichen Darstellungen oder sonst, ohne daß besondere Umstände hiezu nöthigen, öffentlich ehrenrührige Thatsachen des Privat- oder Familienlebens bekannt gemacht werden (§. 489 des St. G.). Ferner sind jedenfalls als strafbar erklärt: öffentliche Beschimpfungen oder Mißhandlungen (§. 496 ebd.); Vorwürfe wegen einer ausgestandenen oder erlassenen Strafe (§. 497 ebd.) und Aufdeckung der Geheimisse der Kranken von Seite der Heil- und Wundärzte, Geburtshelfer, Wehemütter und Apotheker (§§. 498 und 499 ebd.). In allen diesen Fällen dürfte denn auch die civilrechtliche Verantwortung, ungeachtet der Wahrheit der vorgebrachten Aeußerungen Platz greifen, da es nicht wohl angehen dürfte, den Beleidiger zur Strafe zu ziehen, ihn aber von der Pflicht zum Schadenersatze zu entbinden. In allen diesen Fällen ist nämlich im Sinne des Gesetzes eine „Ehrenbeleidigung" vorhanden, mithin — scheint es — auch die Vorschrift der §§. 1330 und 1339 anwendbar.

2) Wenn dem Gesagten zu Folge im Falle einer Ehrenbeleidigung den Verletzer die Pflicht des Schadenersatzes trifft, so entsteht die weitere Frage, worin dieser zu bestehen habe? Nach römischem Rechte ging die actio injuriarum auf eine arbiträre Geldstrafe, nach einer vom Kläger aufzustellenden, vom Richter zu ermäßigenden aestimatio injuriae *). Eine solche scheint aber in keiner Weise geeignet, die verursachte Ehrenbeleidigung zu tilgen, mag sie dem Beleidigten selbst entrichtet, oder zum Besten einer öffentlichen Anstalt verwendet werden **). Weit eher würde dießfalls eine Ehrenerklärung, ein Widerruf oder eine Abbitte zum Ziele führen; allein auch diese durch gerichtlichen Zwang erreichen zu wollen, dürfte so manchem Bedenken unterliegen. Ein schlauer Injuriant kann leicht die erzwungene Erklärung so einrichten, daß sie kränkender als die erste Injurie wird; es kann diese ferner oft nur in der Art der Aeußerung gelegen sein (s. oben), während ihr doch eine Wahrheit zum Grunde liegt; soll man da den Beleidiger zwingen, diese für eine Unwahrheit zu erklären? — und überhaupt, wenn er sich standhaft weigert, die Ehrenerklärung abzugeben, so muß man sich am Ende doch mit einer anderen angemessenen Strafe begnügen; es scheint also besser, dieses gleich zu thun, und nicht vorher die Ohnmacht der obrigkeitlichen Zwangsgewalt zur Schau zu stellen. Gerade das Erkenntniß der Behörde auf Bestrafung des Beleidigers, das ihn für einen Injurianten oder für einen Lügner erklärt, ist das sicherste Mittel, um dem Gekränkten zu seiner Rechtfertigung zu verhelfen ***). Unser Gesetz hat daher im Allgemeinen auch nur diese angeordnet (§. 1339), den Anspruch auf Widerruf oder Abbitte aber nirgends anerkannt, und nur bei den durch eine Druckschrift verbreiteten Ehrenbeleidigungen im §. 493 St. G. B. die Anordnung getroffen, daß, wenn es der Beleidigte verlangt, das wider den Schuldigen

*) Puchta a. a. O. §. 387, S. 551.

**) Scheidlein a. a. O. S. 178.

***) Zeiller: über den Werth der Ehrenerklärung, des Widerrufes und der Abbitte in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1827, I. S. 237.

erflossene Straferkenntniß auf dessen Kosten auch durch den Druck zu veröffentlichen sei, und daß das Strafgericht zu bestimmen habe, in welcher Weise dieß nach Beschaffenheit der Umstände geschehen soll. Im Einklange hiermit verfügt auch §. 20 der Preßordnung vom 27. Mai 1857, Nr. 122 des R. G. Bl., daß jede periodische Druckschrift Berichtigungen von Thatsachen von Seite der Betheiligten in das zunächst nach deren Empfang erscheinende Blatt (Nummer) oder Heft in so ferne unentgeltlich aufzunehmen habe, als der Umfang der Entgegnung den Umfang des Artikels, auf welchen sich die Entgegnung bezieht, nicht um das Zweifache übersteigt, während, wenn dieß der Fall ist, für die mehreren Zeilen die gewöhnlichen Einrückungsgebühren zu zahlen sind, und daß im Falle der Verweigerung diese Aufnahme durch den Staatsanwalt zu erwirken sei.

3) Außer der Minderung der Ehre können dem Gekränkten aber durch die in Frage stehenden Beleidigungen auch noch andere materielle Nachtheile (Vermögensbeschädigungen) zugefügt werden, wie wenn er z. B. in Folge einer gegen ihn ausgestreuten Verleumdung einen einträglichen Dienstposten verloren hätte, oder wenn ihm dadurch ein vortheilhaftes Unterkommen vereitelt worden wäre. Dieser Nachtheil, den das Gesetz (im §. 1330) als einen „wirklichen Schaden oder Entgang des Gewinnes“ bezeichnet, muß dem Beschädigten nach der allgemeinen Vorschrift des §. 1324 ersetzt werden, und zwar mit Unterscheidung des Umstandes, ob die Ehrenbeleidigung mit böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit, oder ob sie nur auf Grundlage eines minderen Versehens verübt wurde.

§. 1331.

4) an dem Vermögen.

Wird Jemand an seinem Vermögen vorsätzlich oder durch auffallende Sorglosigkeit eines Anderen beschädiget; so ist er auch den entgangenen Gewinn, und, wenn der Schade vermittelst einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung oder aus Muthwillen und Schadenfreude verursachet worden ist, den Werth der besonderen Vorliebe zu fordern berechtiget.

§. 1332.

Der Schade, welcher aus einem minderen Grade des Versehens oder der Nachlässigkeit verursachet worden ist, wird nach dem gemeinen Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzet.

1) Wie bereits bei der Erörterung des §. 1323 bemerkt wurde, hat der Ersatz des verursachten Schadens zunächst in der Zurückversetzung in den vorigen Stand zu bestehen. Häufig ist aber diese nicht möglich, wie wenn die Sache des Beschädigten ganz oder zum Theile vertilgt wurde u. dgl. m. In solchen Fällen kömmt der Schätzungswerth derselben zu vergüten. Dieser ist aber, wie aus §. 305 erhellet, ein dreifacher; nämlich

der gemeine Werth, der Werth des besonderen Interesses und der Werth der besonderen Vorliebe, und es entsteht somit die weitere Frage, welcher von diesen drei Werthen zu ersetzen sei? Eine Verwechslung der Grundsätze des römischen Rechts über den Werth der Sachen und über die Leistung des Interesses*) scheint hier zu der Bestimmung geführt zu haben, daß im Falle einer Beschädigung aus einem minderen Grade des Versehens oder der Nachlässigkeit nur der gemeine Werth zu ersetzen ist (§. 1332), während doch hierdurch der Beschädigte keineswegs die Vergütung des ihm zugefügten Schadens erhält, bei welchem offenbar auf die besonderen Verhältnisse des Beschädigten Rücksicht genommen werden muß**). Indessen ist die Verfügung des Gesetzes zu klar, als daß von derselben abgegangen werden könnte.

2) Ist der Schade aus einer auffallenden Sorglosigkeit oder aus böser Absicht entstanden, so dürfte wohl der Werth des besonderen Interesses in Anspruch genommen werden können. Der §. 1331 verfügt dieß zwar nicht ausdrücklich, sondern vermengt hiermit eine andere Frage (nämlich die der Vergütung des entgangenen Gewinnes, die einen ganz anderen Punkt berührt), es scheint aber unzweifelhaft aus dem Gegensatze mit §. 1332 und aus der Steigerung im Schlußsatze des §. 1331 selbst hervorzugehen.

3) Dieser bestimmt nämlich, daß sogar der Werth der besonderen Vorliebe zu ersetzen sei, wenn die Beschädigung durch eine in dem allgemeinen Strafgesetze verpönte Handlung (z. B. einen Diebstahl, eine Veruntreuung), oder aus Schadenfreude, d. i. in der Absicht, sich an dem Schmerze des Beschädigten (den er z. B. durch die Tödtung eines geliebten Thieres erleidet) zu weiden, oder aus Muthwillen, also bloß um seiner Laune zu fröhnen, verursacht wurde. Auch diese Anordnung scheint auf einem Mißverständnisse römisch-rechtlicher Gesetzesstellen zu beruhen, da der Ansicht der meisten neueren Schriftsteller zu Folge die Affection eigentlich nie als Gegenstand einer Vergütung in Betracht zu ziehen kömmt, sondern der Unterschied eigentlich darin liegt, daß im Falle der Arglist und des groben Versehens der Beweis des Interesses durch den Eid des Verletzten (Würderungseid, jus jurandum in litem), sonst aber nur durch andere Beweismittel geführt werden kann***).

4) Unabhängig von der Frage des zu vergütenden Werthes ist, wie schon oben bemerkt wurde, die Frage der Vergütung des Gewinnstentganges, denn es kann dieselbe entfallen, weil eben kein Gewinn entgangen ist, während doch der Werth der besonderen Vorliebe ersetzt werden muß; und umgekehrt der entgangene Gewinn zu ersetzen sein, wiewohl nur der Werth

---

*) S. Unger a. a. O. Bd. I. §. 47.

**) Wenn z. B. dem Besitzer eines Viergespannes Eines seiner Pferde getödtet wird, so wird er dasselbe mit dem Betrage, der ihm als „gemeiner Werth" ersetzt wird, wohl nicht ergänzen können, also einen wirklichen Schaden erleiden, nicht etwa bloß den Entgang eines Gewinnes, den er durch den Verkauf des Gespannes hätte machen können, da ihm dieser Verkauf vielleicht gar nicht in den Sinn kömmt.

***) Thibaut a. a. O. §. 167. — Puchta a. a. O. §. 226.

des besonderen Interesses zu leisten kömmt. Die Beantwortung der Frage selbst aber ergibt sich ohne allen Zweifel aus der Bestimmung des §. 1324.

§. 1333.

Insonderheit durch Verzögerung der Zahlung. Verzögerungszinse.

Der Schade, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schuldigen Capitals zugefüget hat, wird durch die von dem Gesetze bestimmten Zinsen vergütet (§. 995).

§. 1334.

Eine Verzögerung fällt einem Schuldner überhaupt zur Last, wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag nicht zuhält; oder wenn er in dem Falle, daß die Zahlungszeit nicht bestimmt ist, nach dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung sich nicht mit dem Gläubiger abgefunden hat.

1) Wird eine Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit nicht erfüllt, so tritt eine Verzögerung ein, welche hier als der Grund eines daraus entstandenen Schadens aufgefaßt erscheint *). Sie kann entweder durch den Berechtigten (mora accipiendi) oder durch den Verpflichteten (mora solvendi) herbeigeführt werden, und sowohl auf einem Verschulden, als auf einem bloßen Zufalle beruhen. In Beziehung auf den Ersatz des durch eine solche Verzögerung entstandenen Schadens müssen, in so ferne das Gesetz darüber keine besonderen Bestimmungen enthält, die allgemeinen Grundsätze angewendet werden. Solche besondere Vorschriften sind aber allerdings vorhanden, doch werden sie in den vorstehenden Paragraphen nur bezüglich der mora debitoris und zwar in Bezahlung einer Geldschuld näher festgesetzt.

2) Damit von einer Verzögerung Seitens des Schuldners die Rede sein könne, muß vorausgesetzt werden, daß die Schuld bereits fällig, also die Verbindlichkeit, zu zahlen, bereits eingetreten sei **), was sich sowohl auf die etwa festgesetzten Bedingungen, als auf die Zeit der Zahlung bezieht. Ist letztere vertragsmäßig (§. 902), oder durch das Gesetz (z. B. in den Fällen der §§. 685, 1100, 1156, 1165 u. dgl.), oder in einer letztwilligen Anordnung (§. 705) bestimmt, so ist sich daran zu halten; wie aber, wenn keine gewisse Zeit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit festgesetzt wurde, vorzugehen sei, wurde bereits im §. 904 erörtert.

---

*) Dieß zeigt die Einreihung der §§. 1333 und 1334 in die Lehre vom Schadenersatze, wiewohl das Einseitige dieser Auffassung nicht zu verkennen ist, da einerseits nicht jede Verzögerung einen Schaden herbeiführt, und da andererseits auch noch andere Wirkungen, als die Pflicht zur Schadloshaltung aus dem Verzuge entstehen. Vgl. Puchta a. a. O. §§. 268—270.

**) Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. fr. 88 Dig. de reg. jur. (50, 17) und fr. 127 Dig. de verb. oblig. (45, 1).

3) Zur Entstehung der mora gehört aber nach richtiger Auslegung des römischen Rechtes in der Regel noch außerdem, daß der Wille des Gläubigers entschieden auf die Leistung gerichtet, und durch Aufforderung des Schuldners zu derselben (Mahnung, interpellatio) erklärt ist*). Die älteren Civilisten (und zum Theile auch noch neuere) **) glaubten jedoch, daß die Vorausbestimmung eines Zahlungstermines die Mahnung nach dem Eintritte derselben ersetze, und stellten daher den bekannten Rechtssatz auf: dies interpellat pro homine. Dieser Anschauung folgt denn auch unser b. Gesetzbuch, und verfügt daher, daß die Verzögerung dem Schuldner schon dann zur Last falle, wenn er den bestimmten Zahlungstag nicht zuhält. Da nun zu Folge §. 903 dem Verpflichteten der ganze bestimmte Tag zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu Statten kömmt, so beginnt das Saumsal von dem, auf den Zahlungstag folgenden Tage. Ist dagegen die Zahlungszeit nicht bestimmt, so wird ein Verzug erst durch die vorausgegangene Einmahnung begründet. Diese kann gerichtlich oder außergerichtlich, mündlich oder schriftlich geschehen, muß aber jederzeit an diejenige Person erfolgen, welche um die Zahlung selbst angegangen werden könnte, also in der Regel an den Schuldner oder z. B. bei einem Minderjährigen an dessen gesetzlichen Vertreter ***). Das Säumniß beginnt auch hier mit dem Tage nach der dem Verpflichteten bekannt gewordenen Mahnung (wegen §. 903) †).

4) Auch die Frage, ob zur Begründung der Mora ein Verschulden des Verpflichteten nothwendig sei, ist unter den Civilisten streitig. Die zur Zeit der Abfassung unseres b. G. B. verbreitetere Ansicht ging wohl dahin, daß eine culpa debitoris jedenfalls nothwendig sei, und wir glauben deßhalb, daß auch nach österreichischem Rechte die Verzögerung im Sinne des Gesetzes jederzeit mindestens ein Versehen des Schuldners voraussetze. Der §. 1333 scheint uns nämlich nur das Maß des zu leistenden Schadenersatzes festsetzen, nicht aber in Ansehung der Pflicht desselben ein neues Princip aufstellen zu wollen. Wie wir schon oben bemerkt haben, darf nicht übersehen werden, daß die Lehre von der Mora bei uns keinen selbstständigen Platz einnimmt, sondern unter die Vorschriften über den Schadenersatz eingereiht erscheint, in Ansehung dessen der §. 1295 den allgemeinen

*) Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur. fr. 32. pr. Dig. de usur. (22, 1). — S. Puchta a. a. O. §. 269.

**) Z. B. Thibaut, a. a. O. §. 99.

***) Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore, aut solus tutor interpelletur. fr. 24. Dig. de verb. obl. (45, 1); vgl. auch fr. 32, §§. 3—5 Dig. de usur. (22, 1).

†) Aus diesem Grunde scheint es nicht richtig, wenn die Saumsalszinsen bei einer gerichtlichen Einmahnung vom Tage der Einlegung und nicht vom Tage der Zustellung der Klage zuerkannt werden, ohne daß eine vorhergegangene außergerichtliche Einmahnung erwiesen worden wäre. Hiermit stimmt im Grunde auch Dr. J. Hoffbauer (in seinem Aufsatze im Juristen, Bd. 5, S. 335) überein, nur macht er die, wie wir glauben, nicht stichhältige Voraussetzung, daß jeder Einklagung eine außergerichtliche Einmahnung vorausgehe.

Grundsatz aufstellt, daß er nur von demjenigen gefordert werden könne, der die Beschädigung durch ein Verschulden herbeigeführt hat; welchen Grundsatz die §§. 1331 und 1332 gerade in Beziehung auf Vermögensbeschädigungen noch insbesondere wiederholen *).

5) Wie wir bereits oben erwähnt haben, werden im §. 1333 nicht die Wirkungen des Verzuges überhaupt, sondern nur jenes Saumsals normirt, welches in der Zahlung eines schuldigen Capitales Platz greift. Unter „Capital" ist hier jede Forderung in Geld zu verstehen, sie mag aus einem Darlehen, oder aus einem andern Rechtstitel (nur nicht aus dem der Zinsenverpflichtung, da nach §. 998 Zinsen von Zinsen nie genommen werden dürfen) herrühren (z. B. ein rückständiger Kaufschilling, die Rate eines Bestandzinses, ein Vermächtniß u. dgl.). Dagegen findet die Anordnung des §. 1333 nach dem Hfd. v. 18. Jänner 1842, Nr. 592 der J. G. S. (Nr. 75 des Anh. zum a. b. G. B. für Ungarn u. s. w. u. Nr. 72 des Anh. zum a. b. G. B. f. Siebenbürgen) auf Forderungen, welche keine Summe Geldes, sondern eine andere Sache oder Leistung, selbst wenn der Titel ein Darlehen ist, zum Gegenstande haben, keine Anwendung.

6) Als Wirkung des Verzuges wird nun hier die Pflicht des Schuldners zur Entrichtung von Zinsen (Verzögerungszinsen) aufgeführt. Diese Zinsen können, wie es scheint, jederzeit gefordert werden, ohne daß es eines Nachweises darüber bedarf, daß der Gläubiger wirklich aus dem Capitale, wenn es ihm rechtzeitig zurückbezahlt worden wäre, einen denselben gleichkommenden Nutzen bezogen hätte; wenigstens ist dieß die gemeine Meinung aller Ausleger unseres b. G. B. und auch die Ansicht der Praxis, wiewohl der Wortlaut des §. 1333 nicht damit übereinstimmt.

7) Was nun das Maß der Verzugszinsen anbelangt, so darf nicht aus den Augen gelassen werden, daß die Zinsen das Aequivalent sind, welches dem Gläubiger für den entzogenen Gebrauch des Capitales entrichtet wird. Es wäre demnach am consequentesten, wenn bei eintretendem Saumsale des Schuldners dem Gläubiger so viel an Zinsen zugesprochen würde, als er bei Ausleihung des Capitales nach Orts- und Zeitverhältnissen erlaubter Weise (§. 994) hätte erlangen können **). Wahrscheinlicher Weise aber, um den in solchen Fällen oft schwierigen Beweisführungen auszuweichen, dürfte das Gesetz im §. 1333 die Bestimmung getroffen haben, daß die Verzugszinsen in dem durch den §. 995 (s. oben S. 197 dieses Werkes) festgesetzten Ausmaße zu entrichten seien. Diese Anordnung

---

*) Dieser Ansicht ist auch Zeiller (Comment. Bd. 3, S. 771), während Scheidlein a. a. O., S. 200 und Nippel, Erläut. Bd. 8, I. S. 217. der entgegengesetzten Meinung beipflichten. Winiwarter spricht sich nicht deutlich und Ellinger gar nicht über diesen Punkt aus. Der Umstand, daß §. 1334 des Verschuldens nicht erwähnt, scheint uns zur Begründung dieser letzten Behauptung nicht statthaft zu sein, da der §. 1334 nur den Zeitpunkt angeben wollte, wann eine Verzögerung Platz greift, während die Pflicht zum Ersatze des dadurch herbeigeführten Schadens bereits im Allgemeinen (§. 1295) normirt erscheint.

**) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 228. — In diesem Sinne dürfte auch der schon oben S. 198 dieses Werkes angeführte §. 139 des Reichs-Deputats-Abschieds v. J. 1600 aufzufassen sein.

ist eine so durchgreifende, daß der Beschädigte sich mit den „gesetzlichen" Zinsen begnügen muß, wenn er gleich darthun könnte, einen größeren Schaden erlitten zu haben, indem er z. B. genöthigt war, Geld zu höheren Zinsen selbst aufzunehmen, oder eine Obligation mit beträchtlichem Verluste zu verkaufen u. dgl. m. — daß er aber auch anderseits die gedachten Zinsen fordern kann, obschon er aus dem Geschäfte selbst, bei dem die Verzögerung stattgefunden hat (z. B. aus dem Darleihen) gar keine, oder nur geringere Zinsen anzusprechen berechtiget war. Zweifelhafter ist die Frage, ob dem Gläubiger in dem Falle, als er sich bis zur Verfallzeit seiner Forderung höhere, als die gesetzlichen Zinsen (natürlich aber innerhalb der Grenze des Erlaubten) bedungen hatte, als Verzugszinsen nur die gesetzlichen gebühren, oder ob ihm die vertragsmäßigen (höheren) Zinsen fortlaufen? Die erstere Ansicht hat Dr. Glaßner (im Jurist. Bd. 13, S. 91) vertheidigt, während für die letztere Damianitsch (ebd. Bd. 19, S. 293) in die Schranken trat. Auch wir pflichten dieser Meinung bei, und zwar deßhalb, weil in einem solchen Falle der Gläubiger durch Stipulirung dieser Zinsen zu erkennen gegeben hat, daß er sein Capital nicht um einen geringern Preis ausleihen wollte, und wirklich einen solchen Gewinn aus der Verwendung desselben zu erzielen im Stande sei, dessen Entgang ihm denn auch vollständig vergütet werden muß.

8) Durch das Hfkmrd. v. 27. Juni 1834 (pol. G. S. Bd. 62, S. 152) wurde unter Aufhebung einer frühern Vorschrift v. 25. Juni 1819 (u. v. 15. November 1821) festgesetzt, daß für die Einbringung der auf Aerarial-Steuern und Gefälle Bezug habenden Ausstände nach den dießfalls bestehenden besonderen Vorschriften, so wie für die Einbringung der den Beamten aus ihrer Verrechnung obliegenden Aerarial-Ersätze im administrativen Wege zu sorgen sei, dann aber, wenn die administrativen Verfügungen nicht hinreichen, oder wenn der Ersatz auf einem Casse-Defect oder einer dolosen Handlung beruht, und überhaupt wenn der Ersatz im gerichtlichen Wege eingetrieben werden muß, von dem der Staatsverwaltung nach den §§. 994, 995, 1333 und 1334 des a. b. G. B. zustehenden Rechte auf Verzugszinsen der gehörige Gebrauch zu machen sei, welche Verfügung durch das Hfkzld. v. 4. December 1834 (nied. öst. Prov. G. S. Bd. 16, S. 881) auch auf die politischen Fonde und Anstalten, dann auf die städtischen und ständischen Cassen ausgedehnt wurde.

§. 1335.

Hat der Gläubiger ohne gerichtliche Einmahnung die Zinsen bis auf den Betrag der Hauptschuld steigen lassen; so erlischt das Recht, von dem Capitale weitere Zinsen zu fordern. Von dem Tage der erhobenen Klage können jedoch neuerdings Zinsen verlanget werden.

1) Schon die römischen Gesetze hatten die Beschränkung eingeführt, daß der Zinsenlauf, wenn die rückständigen Zinsen der Höhe des

Capitals gleichgekommen sind, so lange ruhen solle *), bis sie ganz oder zum Theile wieder abgetragen wurden. Eine ähnliche Bestimmung ist nun auch in den vorstehenden Paragraphen aufgenommen worden, vermuthlich — wie Zeiller (Com. Bd. 3, S. 773) bemerkt — in der Betrachtung, daß auch zur Zahlung bereitwillige Schuldner, die in viele Geschäfte verwickelt sind oder ein ungetreues Gedächtniß haben, und noch mehr ihre Erben durch die unerwartete Forderung vieljähriger rückständiger Zinsen, die sie allmählich bei einer ordentlichen Hausverwaltung unschwer getilgt haben würden, wenn nicht in einen gänzlichen Vermögensverfall, doch in sehr große Verlegenheit versetzt werden können, während der saumselige, oder oft sogar auf den Untergang des Schuldners und die ihm erwünschte Execution arglistig rechnende Gläubiger nur sich selbst die Schuld beimessen muß, von dem ihm dargebotenen Mittel, den Zinsenlauf zu perpetuiren, keinen Gebrauch gemacht zu haben. Dieses Anschwellen der Zinsrückstände kann aber ungeachtet der Vorschrift des §. 1480, — nach welcher die Forderungen von rückständigen Zinsen in der Regel binnen drei Jahren verjähren — allerdings, und zwar nicht nur in den Fällen Platz greifen, wo nach §§. 1494 u. 1496 die Verjährung überhaupt gehemmt wird, sondern auch in dem Falle, wenn der Gläubiger die Zinsen wenigstens von drei zu drei Jahren außergerichtlich eingemahnt, und der Schuldner durch Entschuldigung, Bitten um Zuwartung oder Verlängerung seiner Schuld u. dgl. das Recht des Gläubigers, die Zinsen zu fordern, ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, indem auf solche Art nach §. 1497 die Verjährung der rückständigen Zinsen unterbrochen wird (Hfd. v. 21. November 1812, Nr. 1016 der J. G. S., Nr. 80 des Anh. zum b. G. B. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 77 des Anh. zum b. G. B. f. Siebenbürgen).

2) Die Vorschrift des §. 1335 gilt, da das Gesetz nicht unterscheidet, von allen Gattungen von Zinsen, also von den gesetzlichen sowohl, als den vertragsmäßigen und testamentarischen, ja auch von durch Urtheil zuerkannten Zinsen, da hierdurch die Natur derselben nicht geändert wird **). Dagegen hat sie auf andere, wenngleich in regelmäßig wiederkehrenden Fristen zu leistende Zahlungen, z. B. jährliche Legate, Leibrenten, Bestandzinse u. dgl. keine Anwendung, da sie als eine irreguläre Anordnung keine Analogie zuläßt.

3) Die Erlöschung des Zinsenbezugsrechtes kann nur dadurch hintangehalten werden, daß der Gläubiger die rückständigen Zinsen gerichtlich einmahnt, d. h. wie aus dem Schlußsatze des §. 1335 erhellet, mit einer Klage verfolgt; eine außergerichtliche Einmahnung würde nicht

---

*) Supra duplum . . . usurae, et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. fr. 26. §. 1. Dig. de cond. indeb. (12, 6). — Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus. Const. 27. §. 1. Cod. de usur. (4, 32). — Justinian ging bekanntlich noch weiter und bestimmte (const. 29 u. 30. Cod. l. c. u. Nov. 121, 138 u. 160), daß der Schuldner von der Zinsverbindlichkeit von dem Momente an befreit sein solle, da die von ihm bezahlten Zinsen dem Capitale gleichkamen (beneficium alterius tanti); allein diese Gesetze sind als inglossirte in Deutschland nicht recipirt worden. Vgl. Puchta, a. a. O. §. 229.

**) Vgl. Const. ult. Cod. de usuris rei judic. (7, 54).

genügen, weil es ihr an dem erforderlichen Nachdrucke gebricht *). Wird diese Klage angebracht, bevor der Zinsrückstand die Capitalshöhe erreicht hat, so wird die Zinsenforderung dadurch perpetuirt; hat der Zinsrückstand aber zur Zeit der angebrachten Klage den Betrag der Hauptschuld bereits erreicht, so können die rückständigen Zinsen nur in einem der Capitalshöhe gleichkommenden Betrage **), die weiter fortlaufenden Zinsen aber vom Klagstage an so lange gefordert werden, bis sie neuerdings die Capitalssumme erreichen, wo zu ihrer Perpetuirung eine abermalige Einklagung nothwendig wäre.

4) Das Recht, weitere Zinsen zu fordern, scheint übrigens auch dann einzutreten, wenn der bis zur Capitalshöhe gestiegene Zinsrückstand als solcher zu bestehen aufgehört hat, wie wenn z. B. durch ein besonderes Uebereinkommen nach §. 998 der Zinsrückstand als ein neues Capital verschrieben worden wäre, oder wenn der Gläubiger denselben dem Schuldner ganz oder zum Theile erlassen hätte u. dgl. m. ***).

5) Hat der Schuldner, nachdem der Zinsenrückstand die Höhe des Capitals erreicht hatte, weitere Zinsen bezahlt, so meint Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 4, S. 598), daß dieselben nicht zurückgefordert werden können, weil das Gesetz zu ihrer Eintreibung bloß das Klagerecht versage; allein es heißt im §. 1335 ausdrücklich, daß das Recht, weitere Zinsen zu fordern, „erlischt", und auch im römischen Rechte war in Ansehung der über das duplum bezahlten Zinsen die condictio indebiti begründet †); nur dann also, wenn der Schuldner die Zahlung, wissend, daß er sie nicht schuldig ist, geleistet hätte, käme §. 1432 darauf anzuwenden.

6) Der §. 1335 hat nach dem Hfd. v. 20. August 1817, Nr. 1364 der J. G. S. (Nr. 83 des Anh. zum b. G. B. f. Ungarn u. s. w. und Nr. 80 des Anh. zum b. G. B. f. Siebenbürgen) auch bei den auf bestimmte Gläubiger lautenden Schuldverschreibungen des Staates hinsichtlich des Totalbetrages rückständiger Zinsen zu gelten, jedoch mit dem Beifügen, daß das Recht, neue Zinsen zu fordern, immer offen bleibt, wenn die rückständigen auch die Höhe des Capitals bereits erreicht hätten; wogegen nach dem Hfkmrd. v. 29. Mai 1845, Nr. 890 der J. G. S. die gegen Coupons zahlbaren Zinsen der auf Ueberbringer lautenden Staatsschuldverschreibungen der Vorschrift des in Frage stehenden Paragraphen gar nicht unterliegen ††).

---

*) Vgl. Scheidlein, a. a. O. S. 205. Die Frage, wie das Petit in dieser Klage zu stellen sei, erörtert Ellinger in einem Aufsatze über den Sinn des §. 1335 (Jurist Bd. 14, S. 143), und zwar wie uns scheint ganz richtig dahin, daß nur die, den Capitalsbetrag erreichenden (rückständigen) Zinsen gefordert zu werden brauchen, und daß sohin diese Klage auch noch die fernere Wirkung hat, daß vom Klagstage angefangen weitere Zinsen zu laufen beginnen, ohne daß das Begehren insbesondere darauf gestellt zu werden braucht.

**) Vgl. den von Dr. Jos. Stieger im Just. Bd. 16, S. 444 mitgetheilten Rechtsfall, unter Abs. II.

***) S. Ellinger's Aufsatz a. a. O. S. 148.

†) . . . et solutae repetuntur, heißt es in der oben S. 564, Note *) angeführten Stelle.

††) Wie der gleiche Belauf unerhobener Zinsrückstände mit dem Capitale selbst bei dem durch das Finanzpatent v. 20. Februar 1811 getroffenen und

§. 1336.

Bedingung des Vergütungsvertrages (Conventionalstrafe).

Die vertragschließenden Theile können eine besondere Uebereinkunft treffen, daß, auf den Fall des entweder gar nicht, oder nicht auf gehörige Art, oder des zu spät erfüllten Versprechens, anstatt des zu vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld= oder anderer Betrag entrichtet werden solle (§. 912). Doch darf bei Darleihen der Betrag, worauf der Richter erkennet, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen. In andern Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er von dem Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen, zu mäßigen. Die Bezahlung des Vergütungsbetrages befreiet, außer dem Falle einer besonderen Verabredung, nicht von der Erfüllung des Vertrages.

1) Die s. g. poena conventionalis ist im römischen Rechte als die Bestärkung einer Verbindlichkeit aufgefaßt, indem die Beweggründe zur Erfüllung derselben dadurch vermehrt werden, daß der Schuldner für den Fall der Nichtleistung oder der nicht gehörig erfolgten Leistung eine bestimmte Buße verspricht. Sie konnte daher in der That als reine Strafe erscheinen, und der Gläubiger mithin neben derselben noch entweder die Erfüllung der Verbindlichkeit, oder das Interesse (der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung u. s. w.) verlangen; sie konnte aber auch nur als ein willkührlicher Anschlag des zu leistenden Interesses (um den oft schwierigen Beweis des Schadensbetrages zu vermeiden) verabredet werden; ja Letzteres wurde im Zweifel vermuthet *). In diesem beschränkteren Sinne hat denn unser G. B. die Conventionalstrafe aufgenommen, wie schon die Einreihung des §. 1336 in die Lehre vom Schadenersatze, und nicht in das Hauptstück von der Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten, oder in die allgemeine Lehre von den Verträgen dort, wo vom Angelde u. s. w. die Rede ist, andeutet, noch bestimmter aber der Beisatz „anstatt des zu vergütenden Nachtheiles" zu erkennen gibt **).

---

in Folge des Patentes v. 21. März 1818 mittelst der Verlosung zu dem ursprünglichen Zinsfuße in Conv. Mze. zurückgeführten Theile der Staatsschuld zu ermitteln sei, ist in den Hofkammerdecreten v. 20. August 1817, v. 19. April 1842, Nr. 607 der J. G. S., v. 14. März 1844, Nr. 793 ebd. u. v. 27. Sept. 1844, Nr. 833 ebd. umständlich angegeben.

*) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 231, Thibaut, a. a. O. §. 81, Savigny, Obligationen, Bd. 2, §. 272.

**) So heißt es im §. 7 Inst. de Verb. obl. (3, 15): Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulamur, aliquid fieri vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit.

2) Aus diesem Begriffe der Conventionalstrafe im österreichischen Rechte folgt, daß neben ihr nicht auch noch die Schadloshaltung begehrt werden kann, ja selbst die Wahl, entweder die eine oder die andere zu verlangen, scheint dem Gläubiger nicht zuzustehen, da das Uebereinkommen hinsichtlich des Vergütungsbetrages auch im Interesse des Schuldners abgeschlossen erscheint, um jede Weitläufigkeit bezüglich des zu leistenden Schadensersatzes hintanzuhalten, und da es dem Gläubiger nicht gestattet sein kann, einseitig von dieser Uebereinkunft abzugehen *). Anderseits dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß der Gläubiger außer der Conventionalstrafe — wenn überhaupt der Fall ihrer Entrichtung eintritt (s. unten Z. 4) — auch noch die Erfüllung des Vertrages begehren könne, da sie nur, wie das Angeld **), zur Befestigung einer bestehenden Verbindlichkeit dienen soll, wogegen es dem Schuldner keineswegs zusteht, gegen Bezahlung des Vergütungsbetrages vom Vertrage abzugehen, indem eine solche Berechtigung sich vielmehr als die Stipulirung eines Reugeldes (nach §. 909) darstellen würde.

3) Die Verabredung einer Conventionalstrafe ist als ein Nebenvertrag anzusehen (§. 912), welcher sich nach der Natur des Hauptvertrages richtet. Aus der Beschaffenheit dieses letzteren wäre daher zu beurtheilen, in wie ferne, wenn aus mehreren Verpflichteten Einer die Verbindlichkeit nicht erfüllt, nur dieser oder Alle für den Vergütungsbetrag zu haften haben ***). Hieraus scheint denn auch weiter zu folgen, daß die Conventionalstrafe, wenn der Hauptvertrag ungiltig oder nicht klagbar ist, ebenfalls gar nicht oder wenigstens nicht im Klagewege begehrt werden könne, da sich sonst in der Stipulation derselben ein Mittel zur Umgehung des Gesetzes darstellen würde †).

4) An und für sich betrachtet erscheint dagegen die Conventionalstrafe als ein Versprechen unter einer Bedingung. Der Verfall derselben hängt demnach von dem Eintritte dieser Bedingung ab. Ist daher der Vergütungsbetrag nur für den Fall der gar nicht erfüllten Verbindlichkeit zugesichert worden, so kann er nicht gefordert werden, wenn die Erfüllung nur nicht zur rechten Zeit, am rechten Orte oder in der gehörigen Weise erfolgte; doch kann dann für den hieraus entsprungenen Schaden der Ersatz nach allgemeinen Grundsätzen begehrt werden. Aehnliches gilt, wenn die Strafe für den Fall der verspäteten Leistung bedungen wurde, und diese zwar rechtzeitig, aber nicht am gehörigen Orte u. dgl. erfolgte. Sobald aber die festgesetzte Bedingung eingetreten ist, bedarf es von Seite

*) Anderer Meinung ist Winiwarter, bgl. Recht Bd. 4, S. 600.

**) Nichts destoweniger beruhen aber Angeld und Conventionalstrafe auf zwei verschiedenen Rechtstiteln, gehen von verschiedenen Voraussetzungen aus, hängen von verschiedenen Bedingungen ab und haben verschiedene Rechtsfolgen. Mit Recht wurde daher von dem k. k. obersten Gerichtshofe in einem (in der allg. öst. Ger. Ztg., J. 1855, Nr. 101 mitgetheilten) Rechtsfalle durch Urtheil v. 28. März 1855, Z. 1987, entschieden, daß eine aus dem Titel des verfallenen Angeldes gestellte Forderung dem Kläger nicht aus dem im Rechtsstreite gar nicht ventilirten Titel der Conventionalstrafe zugesprochen werden könne.

***) Scheidlein, a. a. O. S. 214.

†) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 4, S. 600.

des Berechtigten keiner Nachweisung eines erlittenen Schadens, ja selbst wenn der Gegentheil darthun könnte, daß dem Compaciscenten wirklich kein Nachtheil zugegangen ist, würde er von seiner Verbindlichkeit nicht befreit werden *).

5) Als Buße kann ein bestimmter Geldbetrag, aber auch eine andere, überhaupt im Verkehre stehende Leistung bedungen werden, und zwar geschieht dieß gewöhnlich zu Gunsten des Gläubigers, es steht aber nichts im Wege, zu Gunsten einer dritten Person oder einer öffentlichen Anstalt (des Armeninstitutes u. dgl.) zu stipuliren, nur käme dann freilich §. 881 anzuwenden. Uebrigens dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Conventionalstrafe nur in einem Vermögensnachtheile — nicht auch in einer Beschränkung der persönlichen Freiheit, in einer Körperverletzung **) u. dgl. bestehen könne, wie schon aus dem synonymen Ausdrucke: „Vergütungsbetrag" erhellet. Das Maaß desselben ist im Allgemeinen nicht beschränkt, sondern dem freien Uebereinkommen der Parteien anheimgegeben; nur bei Darlehen kann nach dem Hfd. v. 13. Juni 1828, Nr. 2347 (Nr. 76 des Anh. zum a. b. G. B. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 73 des Anh. zum a. b. G. B. für Siebenbürgen) der Entschädigungsbetrag, worauf nach §. 1336 der Richter wegen verzögerter Zahlung erkennet, bei gegebenem Unterpfande Fünf, ohne Unterpfand Sechs vom Hundert auf Ein Jahr, mit Inbegriff der gesetzlichen oder bedungenen Zinsen, nicht übersteigen. In andern Fällen wurde dem Richter das Recht eingeräumt, den bedungenen Vergütungsbetrag zu mäßigen, wenn der Schuldner erweisen kann (diesem wurde also doch wenigstens die Beweislast auferlegt) — daß er übermäßig sei, also zu dem durch die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit entstandenen Schaden in keinem Verhältnisse stehe ***).

§. 1337.

Verbindlichkeit der Erben des Beschädigers.

Die Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens und des entgangenen Gewinnes, oder zur Entrichtung des bedungenen

---

*) Wir können daher der entgegengesetzten Ansicht Ellinger's (in seinem Handb., S. 504) nicht beipflichten.

**) Shylock würde also nach unserem Rechte mit seiner Forderung auf ein Pfund von Antonio's Fleisch lediglich abgewiesen worden sein.

***) Wir glauben, daß das Gesetz auch hier, wie an manchen anderen Orten, einer übel verstandenen Billigkeit Raum gegeben habe, da nicht abzusehen ist, aus welchem Rechtsgrunde derjenige, der unter einer bestimmten Bedingung (der Nichterfüllung ꝛc.) einen bestimmten Betrag zu leisten versprochen hat, wenn diese Bedingung eingetreten ist, von seiner Verbindlichkeit auch nur theilweise befreit werden könne. Die Anordnung ist indessen klar und deßhalb scheint uns auch der von Neupauer (in der öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1834, II. S. 237) mitgetheilte Rechtsfall — in welchem einem Fuhrmanne die Bedingung des Verlustes des Frachtlohnes für den Fall der verspäteten Lieferung des Frachtstückes gesetzt worden war — von der zweiten Instanz dem Gesetze ganz entsprechend beurtheilt worden zu sein, indem sie ungeachtet der Stipulation nur auf den Verlust eines Theiles des Frachtlohnes erkannte, da sie den Verlust des ganzen Betrages für übermäßig hielt.

Vergütungsvertrages haftet auf dem Vermögen und gehet auf die Erben über.

Durch den Tod erlöschen (nach §. 1448) nur solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Person eingeschränkt sind, oder die bloß persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß eben sowohl das Recht des Beschädigten, den Ersatz des ihm zugefügten Schadens zu begehren, auf die Erben desselben übergeht (§. 531), als daß auch anderseits die Verbindlichkeit zur Leistung des Schadenersatzes, in dem Maaße, in welchem sie gegen den Haftenden begründet war, von seinen Erben übernommen werden muß (§. 548). Diese Verbindlichkeit ist als eine auf dem Vermögen haftende anzusehen und nicht nach dem, nur für Geldstrafen maaßgebenden Schlußsatze des §. 548 zu beurtheilen. Dieß gilt auch von der Conventionalstrafe, da diese keine Strafe im Sinne des öffentlichen Rechtes ist, sondern nur auf einem privatrechtlichen Titel beruht. Eben so wenig macht es hierbei einen Unterschied, wenn die Pflicht zur Schadloshaltung durch die Verabsäumung einer höchstpersönlichen Verbindlichkeit von Seite des Verstorbenen begründet wurde, und ob die bloße Schadloshaltung oder die volle Genugthuung, oder in den Fällen des §. 1331 sogar der Werth der besonderen Vorliebe zu leisten kömmt.

§. 1338.

Das Recht zum Schadenersatze muß in der Regel, wie jedes andere Privatrecht, bei dem ordentlichen Richter angebracht werden. Hat der Beschädiger zugleich ein Strafgesetz übertreten, so trifft ihn auch die verhängte Strafe. Die Verhandlung über den Schadenersatz aber gehöret auch in diesem Falle, in so fern sie nicht durch die Strafgesetze dem Strafgerichte oder der politischen Behörde aufgetragen ist, zu dem Civilgerichte. Rechtsmittel der Entschädigung.

§. 1339.

Die körperlichen Verletzungen, die widerrechtlichen Kränkungen der Freiheit, und die Ehrenbeleidigungen, werden nach Beschaffenheit der Umstände entweder als Verbrechen von dem Criminalgerichte, oder als schwere Polizei-Uebertretungen, und wenn sie zu keiner dieser Classen gehören, als Vergehungen von der politischen Obrigkeit untersuchet und bestrafet.

§. 1340.

Diese Behörden haben in dem Falle, daß sich die Entschädigung unmittelbar bestimmen läßt, sogleich darüber nach

den in diesem Hauptstücke ertheilten Vorschriften zu erkennen. Wenn aber der Ersatz des Schadens nicht unmittelbar bestimmet werden kann, ist in dem Erkenntnisse überhaupt auszudrücken, daß dem Beschädigten die Entschädigung im Wege Rechtens zu suchen vorbehalten bleibe. Dieser Weg ist auch in Criminalfällen dem Beschädigten, und in anderen Fällen beiden Theilen dann vorbehalten, wenn sie mit der von der Strafbehörde erfolgten Bestimmung des Ersatzes sich nicht befriedigen wollten.

1) Das Recht auf Entschädigung ist ein Privatrecht, und muß daher wie jedes andere Privatrecht im Wege der Klage vor den Civil-Gerichtsbehörden geltend gemacht werden (vgl. §. 19 u. Bd. 1, S. 118 dieses Werkes). Eine Ausnahme greift nur dann Platz, wenn durch die Beschädigung zugleich ein Strafgesetz übertreten wurde. In diesem Falle tritt nämlich der s. g. Adhäsionsproceß ein *), vermöge dessen die Verfolgung des Privatinteresse an das Strafverfahren angeknüpft wird. In dieser Beziehung verfügte schon das Hfd. v. 6. März 1821, Nr. 1743 d. J. G. S., daß Rechtsangelegenheiten, deren Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt, vor erfolgtem Urtheile des Strafrichters bei dem Civilgerichte nicht angebracht werden sollen. Wird erst im Laufe des Processes eine bestimmte Person einer strafbaren Handlung auf solche Art angeklagt, daß die Beschuldigung für eine zur Einleitung der Untersuchung hinreichende Anzeigung zu halten ist, so muß, in so fern der Erfolg dieser Untersuchung auf die Entscheidung der Streitsache einen wesentlichen Einfluß haben könnte, bei dem Civilgerichte das rechtliche Verfahren eingestellt, und das Erkenntniß des Strafgerichtes abgewartet werden. Ist der Ausgang der Untersuchung für die Entscheidung des Processes gleichgültig, so hat zwar der Civilrichter das Verfahren ununterbrochen fortzusetzen, und nach geschlossenen Acten zu erkennen, immer aber die vorgekommenen rechtlichen Anzeigungen der strafbaren Handlung dem Strafgerichte, der Vorschrift gemäß, von Amtswegen sogleich mitzutheilen. — Nach §. 352 der St. P. O. hat das Strafgericht den aus einer strafbaren Handlung entstandenen Schaden und die übrigen privatrechtlichen Folgen derselben schon in dem Untersuchungsverfahren von Amtswegen zu erheben und den Beschädigten, auch wenn er es nicht insbesondere verlangt, zur Schlußverhandlung vorzuladen. Diesem oder seinem Bevollmächtigten ist, wenn nicht besondere Bedenken entgegenstehen, die Einsicht der Untersuchungsacten schon während des Untersuchungsverfahrens zu gestatten. Bei der Schlußverhandlung kann er zur Begründung seiner privatrechtlichen Ansprüche nicht nur alle Beweismittel über die Schuld des Angeklagten und über die Art und Größe des Schadens vorbringen, sondern auch hinsichtlich der angesprochenen Entschädigung seine besondern Anträge stellen. Handelt es sich hierbei bloß um die Zurückstellung einer

*) Vgl. Martin, Lehrbuch d. deutschen gemeinen bürgerlichen Processes. Heidelberg 1838. §. 253.

dem Beschädigten gehörigen Sache, so ist nach der Weisung der §§. 353—358 ebd. vorzugehen. Das Strafgericht hat aber nach §. 359 ebd. auch in denjenigen Fällen, wo es sich nicht um die Zurückstellung einer entzogenen Sache, sondern um den Ersatz eines erlittenen Schadens oder entzogenen Gewinnes oder um Tilgung einer verursachten Beleidigung (§. 1323 des a. b. G. B.) handelt, in dem Strafurtheile die Schadloshaltung oder Genugthuung zuzuerkennen, in so ferne sowohl der Betrag derselben, als auch die Person, welcher dieselbe gebührt, aus der Untersuchung und Verhandlung mit Zuverlässigkeit entnommen werden kann. Ergeben sich aus den gepflogenen Erhebungen Gründe, daß der Beschädigte seinen Schaden zu hoch angebe, so kann ihn der Richter, nach Erwägung aller Umstände, allenfalls nach vorgenommener Schätzung durch Sachverständige mäßigen. Wie insbesondere bei den Verbrechen des Hochverrathes, Aufruhres oder Aufstandes auf Schadenersatz zu erkennen sei, ist im §. 360 ebd. enthalten. Läßt sich von dem Strafgerichte über die erwähnten privatrechtlichen Ansprüche nicht mit Zuverlässigkeit urtheilen, so sind die Parteien auf den Civilrechtsweg zu weisen (§. 362 ebd.). Gegen die Erkenntnisse und Verfügungen des Strafgerichtes in Beziehung auf privatrechtliche Ansprüche steht sowohl dem Angeklagten als dem Beschädigten, oder überhaupt demjenigen, der sich in seinen privatrechtlichen Ansprüchen verletzt glaubt, oder dessen Erben die Berufung offen. Ist das strafgerichtliche Erkenntniß in Rechtskraft erwachsen, so ist jeder Betheiligte berechtigt, das Strafgericht erster Instanz um die Anerkennung der Rechtskräftigkeit desselben auf dem Urtheile selbst anzugehen und ein solches Erkenntniß hat dann die Wirkung, daß die Execution desselben unmittelbar bei dem Civilrichter angesucht werden kann (§. 363 ebd). — Glaubt der Beschädigte eine größere oder andere Entschädigung ansprechen zu können, als ihm durch das Strafurtheil zuerkannt worden ist, oder ist von dem Strafgerichte ein Schuldlosigkeitsurtheil, ein Erkenntniß auf Freisprechung von der Anklage wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel, oder ein Einstellungs- oder Ablassungsbeschluß erlassen worden, so kann er seine privatrechtlichen Ansprüche auf dem Civilrechtswege geltend machen (§. 364 ebd.).

2) Die Strafe des Verbrechens ändert nichts an dem Rechte derjenigen, welche durch das Verbrechen beleidigt oder beschädigt worden sind, und welchen dafür Genugthuung oder Entschädigung von dem Verbrecher, seinen Erben, oder aus seinem Vermögen gebührt (§. 42 d. Str. G. B.); auch hebt der Tod des Schuldigen (nach §. 527 ebd.) zwar alle Untersuchung, und wenn bereits ein Urtheil ergangen ist, auch alle Wirkung desselben auf, aber nicht insoferne dadurch auf Ersatz oder Entschädigung erkannt worden ist.

3) Von welchen Behörden die strafbaren Handlungen zu untersuchen und zu bestrafen seien, wird durch die Strafgesetze bestimmt (vgl. auch Nr. 77 des Anh. zum a. b. G. B. für Ungarn u. s. w., und Nr. 74, des Anh. zum a. b. G. B. für Siebenbürgen).

§. 1341.

Gegen das Verschulden eines Richters beschweret man sich bei der höheren Behörde. Diese untersuchet und beurtheilet die Beschwerde von Amtswegen.

1) Hat ein Beamter durch Vernachlässigung oder Uebertretung seiner Amtspflichten einen Schaden herbeigeführt, so muß er begreiflicher Weise dafür verantwortlich sein*). Hierbei kömmt nun zu unterscheiden, ob es sich um den Ersatz des dem Staate, oder des einer Partei zugefügten Schadens handelt. Wie die Forderungen des Staates an seine Beamten und Diener, welche aus dem Dienstverhältnisse entspringen, geltend zu machen seien, ist vornehmlich in dem Hfkzld. v. 24. September 1841 (pol. G. S. Bd. 69, S. 297) enthalten; dieses bestimmt, daß derlei Forderungen lediglich im administrativen Wege auszutragen seien, wovon nur der Rechnungsproceß eine Ausnahme macht**).

2) Handelt es sich um den Ersatz des einer Partei zugefügten Schadens, so muß abermals unterschieden werden, ob zugleich eine strafbare Handlung mit unterlief oder nicht. Ist das Erstere der Fall, so kommen die oben (S. 570) erörterten Bestimmungen zur Anwendung. Im zweiten Falle dagegen ist nunmehr der Weg der Beschwerde bei der vorgesetzten Behörde einzuschlagen. In dieser Beziehung bestimmt die Resol. v. 11. September 1784, Nr. 335 der J. G. S. lit. a, daß die Syndicatsklagen, so gegen Richter eingereicht worden, gänzlich aufzuheben seien, und daher jene Verhandlungen, die zu dem Zuge ordentlichen Verfahrens zwischen einer Partei und einem Richter eingeleitet worden, künftig nicht mehr statthaben sollen, sondern von jeder Partei, die von einem untern Richter wegen übel verwalteter Justiz eine Entschädigung fordern zu können vermeinte, dieselbe nicht in der Form einer Klage, sondern in der Art einer Beschwerdeführung bei dem obern Richter angesucht, hierüber der untere Richter von Amtswegen vernommen, von Amtswegen die genaueste Untersuchung gepflogen, und nach Beschaffenheit der Umstände dem untern Richter der Ersatz erweislich verursachter Schäden und Unkosten aufgetragen werden solle. Diese Bestimmung ist denn auch in den §. 1341 des a. b. G. B. übergegangen. Außerdem aber verfügt das Hofd. v. 14. März 1806, Nr. 758 d. J. G. S. im Allgemeinen, daß Staatsbeamte ihrer Amtshandlungen wegen bei dem Civilgerichte niemals belangt werden können, und daß sich der Civilrichter dießfalls die Grenze seiner Gerichtsbarkeit von Amtswegen gegenwärtig zu halten, sohin solche Klagen, welche gegen Staatsbeamte ihrer Amtshandlungen wegen eingebracht werden, sogleich zurückzuweisen habe.

3) Hierbei entsteht aber noch eine weitere Frage, ob der Beschädigte sich mit seiner Ersatzforderung lediglich an den beschädigenden Beamten

---

*) Vgl. §. 59 des Pat. v. 3. Mai 1853, Nr. 81 d. R. Bl.

**) S. das Nähere hierüber in meinem Handb. d. österr. Verwaltungsgesetzkunde. 2. Aufl. Bd. 1, §. 75. S. 185 und in der seither erflossenen Minist. Vdg. v. 19. December 1856, Nr. 230 des R. G. Bl.

zu halten habe, oder ob er auch noch andere Haftungsansprüche geltend machen könne? In dieser Hinsicht verordnete das Hofd. v. 18. December 1784, (Kropatschek Jos. G. S. Bd. 6, S. 9, und Kropatschek Leop. G. S. Bd. 3, S. 204 in der Anmerk N. 494), um die Unterthansbedrückungen um so sicherer hintanzuhalten, und die Grundobrigkeiten auf die Handlungen ihrer Beamten, Pächter und obligatorischen Besitzer desto aufmerksamer zu machen, daß die Grundobrigkeiten für alle gesetz- und billigkeitswidrige Unterthansbedrückungen und Ueberhaltungen ihrer Beamten, Pächter und obligatorischen Besitzer, welche nicht eigentlich in bloße delicta porsonalia einschlagen, für welche natürlicherweise niemand, als die Begeher des Verbrechens haften können, — jedesmal salvo regressu zu haften haben, folglich der dem Unterthan dadurch zugegangene Schade und Nachtheil immer sogleich entweder baar ersetzet, oder aus den Einkünften des Guts hereingebracht werden soll. Weiter bestimmte das Hfd. v. 4. Jänner 1787, Nr. 609 der J. G. S.: Wann ein Magistrat oder Gerichtsverwalter wegen übel verwalteter Justiz in den Ersatz der Schäden und Unkosten verfällt wird, habe die betreffende Ortsgemeinde oder Herrschaft, der nämlich die Gerichtsbarkeit zusteht, der Partei den Ersatz zu leisten, und findet wieder sie und derselben Vermögen die Execution allerdings Statt, mit Vorbehalt des Regresses an jene Magistratsglieder oder Rechtsverwalter, die an der üblen Justizverwaltung Schuld oder Antheil genommen haben. Sollte dieser Fall eine landesfürstliche Ortschaft betreffen, wo das ærarium civicum der Oberaufsicht und Leitung der politischen Stelle unterliegt, so soll zur Vermeidung unnöthiger Executionskosten von der betreffenden Gerichtsbehörde die Anzeige der Landesstelle geschehen, damit die ungesäumte Befriedigung aus den Gemeingütern oder Einkünften verschafft, und der wirksamste Beistand hierunter geleistet werde.

Nicht mit gleicher Bestimmtheit, wie die eben angeführten Verordnungen den Patrimonialgerichtsherren und den Communen die Haftung für das Verschulden ihrer Beamten auferlegten, ist die Haftungspflicht des Staates für das Verschulden seiner Diener ausgesprochen. Wohl heißt es in dem Justizhofd. vom 29. Jänner 1838, Z. 7531, daß, wenn von einer Partei Beschwerden wider ein landesfürstliches Gericht eingebracht, und darin um dessen Verurtheilung zum Ersatze gebeten wird, es Pflicht des Appellationsgerichtes sei, auch das Fiscalamt einzuvernehmen, weil das Landesgericht als eine landesfürstliche Stelle offenbar der Vertretung des Fiscalamtes zugewiesen ist, und der Staat mit Vorbehalt des Regresses an den schuldtragenden Beamten für die Befriedigung des Beschädigten gemäß Hfd. v. 4. Jänner 1787, Nr. 609 zu sorgen hat. Allein dieses Hofdecret ist nur über einen speciellen Fall an das tirol. Appellationsgericht erlassen, und nicht in die authentische Justizgesetzsammlung (s. Bd. 1, S. 13 d. W.) aufgenommen worden. Nichtsdestoweniger glauben wir, daß allerdings gewichtige Gründe für die Haftung des Staates sprechen*). Die Nothwendigkeit der Organisirung eigener Staatsbehör-

---

*) Vgl. den von Pratobevera (in seinen Materialien Bd. 2, S. 361) mitgetheilten Rechtsfall und die daran geknüpften Bemerkungen.

den ergibt sich nämlich daraus, daß das Staatsoberhaupt nicht im Stande ist, alle Regierungsangelegenheiten selbst zu besorgen, sondern dazu einer fremden Hilfe bedarf, die ihm durch andere menschliche Persönlichkeiten gewährt werden muß. Diese — die Staatsdiener — bilden ein nothwendiges Glied im Organismus der Staatsverwaltung; sie handeln lediglich im Namen und Auftrage des Staatsoberhauptes, und es ist gerade so anzusehen, als ob alle Acte, die sie in Folge ihres Dienstverhältnisses vornehmen, von dem Souveraine selbst ausgingen. Nicht ein privatrechtliches Mandatsverhältniß waltet hier ob; der Beamte ist vielmehr nach staatsrechtlichen Principien als Repräsentant der obersten Staatsgewalt, als Träger der ihm von derselben überlassenen Functionen zu betrachten. Es ist nun zwar richtig, daß der Mißbrauch, den ein Staatsdiener von seinem Amte macht, nicht im Auftrage des Staates geschieht, daß ihn dieser nicht dazu ermächtiget, von den Vorschriften des Gesetzes abzuweichen; allein dazu ist der Beamte allerdings berufen, überhaupt im Namen der Staatsgewalt handelnd aufzutreten und den Unterthanen steht es nicht zu, in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob er dabei die Gränzen seiner Befugnisse einhalte, seine Amtspflichten erfülle, oder aber durch Mißbrauch der ihm anvertrauten Gewalt dieselben verletze. Die Aufrechthaltung der staatlichen Ordnung fordert, daß den Organen der Regierung bei der Vornahme ihrer Amtshandlungen unbedingter Gehorsam geleistet werde. Keinem Privaten kann dießfalls das Recht zugestanden werden, zu beurtheilen, ob in irgend einem gegebenen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen oder Bedingungen einer Amtshandlung vorhanden seien, ja ein Widerstand gegen eine solche Amtshandlung begründet sogar eine strafbare Handlung, wovon nur dann eine Ausnahme zugestanden zu werden pflegt, wenn der Fall eines offenbaren Mißbrauches der Amtsgewalt vorhanden ist, und durch diesen unersetzlicher Schade drohte, welcher daher gewissermaßen zur Nothwehr Anlaß gab. Diese gewiß höchst selten eintretende Ausnahme abgerechnet, steht es der Partei nicht zu, den Handlungen der Staatsbeamten entgegenzutreten, sie müssen sich vielmehr denselben unterwerfen, wie auch ihre Folgen beschaffen sein mögen, und können daher nichts thun, um den ihnen etwa dadurch drohenden Schaden abzuwenden. — Dasselbe Bewandtniß hat es in Bezug auf die von Seite der Staatsdiener eintretende Vernachlässigung der Amtspflichten. Auch hier ist die Partei nicht in der Lage, Einfluß zu nehmen, um sich vor Schaden zu bewahren. Sie muß ihr Interesse lediglich den vom Staate zur Wahrung derselben aufgestellten Organen anvertrauen. Da nun diese Einrichtungen wesentlich im Interesse der Aufrechthaltung der gesetzlichen Ordnung, also im Interesse der Gesammtheit getroffen sind, so ist es auch gerecht und billig, daß die Gesammtheit — der Staat — für die damit im Zusammenhange stehenden Folgen eintrete, daß sie den Schaden trage, den der Unterthan in seiner Stellung zu verhüten geradezu außer Stande ist. Dieser Schade ist kein zufälliger, er ist — wohl nicht im Auftrage oder durch den Willen des Staates herbeigeführt, aber — durch die organischen Einrichtungen desselben veranlaßt, durch diese wenigstens einer möglichen abwehrenden Einwirkung der Partei entrückt. Diese kann

also nicht verpflichtet sein, ihn zu tragen, sondern sie hat den Ersatz vom Staate anzusprechen*).

---

*) In diesem Sinne hat sich auch der k. k. oberste Gerichtshof in neuester Zeit ausgesprochen. Vgl. meinen Aufsatz: zur Lehre von der Haftungspflicht des Staates für widerrechtliche Handlungen der Staatsbehörden in der allg. österr. Gerichtszeitung 1857, Nr. 122 u. 123. In der Entscheidung des obersten Gerichthofes heißt es: „die Justiz wird nur im Namen des Staates und in dessen unmittelbarem Auftrage, durch die von ihm bestellten Organe nach dem Patente vom 3. Mai 1853, Nr. 81, verwaltet, denen jeder Unterthan in Amtssachen gehorchen und vertrauen muß, ohne in der Lage zu sein, sich gegen Mißbrauch oder Vernachlässigung der diesen Organen übertragenen Amtsgewalt und den daraus hervorgehenden Schaden in Vorhinein sicherstellen zu können, während der Staat durch Cautionen und in anderer Art sich zu sichern vermag, daher der Staat für die Handlungen jener Personen, die er zur Justizverwaltung berufen hat, und für den von ihnen in Ausübung ihres Amtes zugefügten Schaden allerdings zu haften hat. Dieselben Gründe, welche die mit Hofdecret vom 4. Jänner 1787, Nr. 669 der J. G. S., ausgesprochene Haftung der Gemeinden und Domänen für die in Ausübung der Gerichtsbarkeit durch ihre Beamten zugefügten Beschädigungen rechtfertigen, sprechen auch für die Haftungspflicht des Staates in Beziehung auf die durch von ihm bestellte Justizbeamte den Parteien zugefügten Beschädigungen. Ebenso wurde schon mit a. h. Entschließung vom 25. Mai 1829 ausgesprochen, daß in Ansehung der Judicial- und Pupillar-Depositen bei den landesfürstlichen Gerichten die Haftung des Aerars Platz zu greifen habe, und auch in den neuesten Gesetzen ist der Grundsatz der Zahlungs- und Haftungspflicht des Staates für Entschädigungsansprüche aus dem Verschulden der Gerichte anerkannt, wie der §. 90 des Patentes vom 28. Juni 1850, Nr. 258 des R. G. Bl., der §. 56 der Instruction für die Besorgung des Waisen- und Depositenvermögens vom 16. November 1850, Z. 448, und der §. 3 des Patentes vom 10. Februar 1853, Nr. 26 des R. G. Bl. nachweisen."

Dritter Theil.

Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

Erstes Hauptstück.

Von der Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 1342.

Gemeinschaftliche Bestimmungen der Rechte.

Sowohl Personenrechte als Sachenrechte und daraus entspringende Verbindlichkeiten können gleichförmig befestiget, umgeändert und aufgehoben werden.

Vgl. die Bemerkungen zu §. 14 des a. b. G. B. (Bd. 1, S. 108 dieses Werkes).

§. 1343.

Arten der Befestigung eines Rechtes:

Die rechtlichen Arten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes, durch welche den Berechtigten ein neues Recht eingeräumet wird, sind: die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner und die Verpfändung.

1) Die Möglichkeit der Verletzung eines Rechtes ist die Veranlassung zur Sicherstellung desselben, d. i. zur Anwendung von Mitteln, durch welche einer künftigen Verletzung vorgebeugt, oder im Falle des Eintrittes derselben die Wiederherstellung des Rechtszustandes erleichtert werden soll. Diese Sicherstellungsmittel beziehen sich theils auf den Willen des Verpflichteten, seiner Verbindlichkeit Genüge zu leisten, theils auf das Unvermögen desselben, oder andere der Erfüllung entgegenstehende Hindernisse, theils endlich auf den Beweis und die leichtere Durchsetzbarkeit des zu sichernden Anspruches.

2) Zu den Sicherstellungsmitteln der ersten Art gehört das Ehrenwort, die Angelobung und der Eid (juratorische Caution). In gewissen Beziehungen kann auch Angeld, Reugeld und Conventionalstrafe hierher

gerechnet worden, weil sie ebenfalls auf den Willen des Verpflichteten einzuwirken geeignet sind. Die Bekräftigung mit dem Ehrenworte hat bloß ein moralisches Gewicht*); der Angelobung bedient sich das Gesetz (§. 205) bei der Bestellung eines Vormundes; der Eid erscheint als ein processualisches Beweismittel, gibt aber sonst einem Vertrage keine höhere Kraft, als er ohne die eidliche Bestärkung haben würde.

3) Durch die Sicherstellungsmittel der zweiten Art wird dem Berechtigten nebst den Rechtsmitteln gegen den Verpflichteten noch ein neuer Anspruch eingeräumt, welcher entweder gegen eine dritte vom Schuldner verschiedene Person gerichtet ist, oder auf eine bestimmte Sache geht, aus welcher die Befriedigung erholt werden kann.

4) Als ein Sicherstellungsmittel der dritten Art erscheint zuvörderst die Verabredung, durch welche die Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit mit oder ohne Modificationen neuerdings versprochen wird. Dieß ist das Constitutum des römischen Rechtes (Dig. lib. 13, tit. 5), welches wieder zwei Unterarten, das constitutum debiti proprii und das constitutum debiti alieni in sich begreift**). Ersteres ist dem österr. Rechte fremd, das Letztere bildet eine Art der Bürgschaft. Außerdem können auch die Festsetzung einer Conventionalstrafe, die Sicherstellung bei der Gefahr eines vorhandenen Baues (§. 343) u. a. hierher gezählt werden.

5) Die Verpflichtung, Sicherheit zu leisten, beruht entweder auf dem Gesetze, oder auf dem Willen der Parteien, welch' letzterer entweder in einem Vertrage, oder in einer testamentarischen Verfügung ausgedrückt sein kann. Fälle der ersten Art sind Bd. 2, S. 18 dieses Werkes aufgeführt worden; hinsichtlich der in Folge einer letzten Willenserklärung zu bestellenden Sicherheit gelten die Bestimmungen über letztwillige Anordnungen überhaupt und die Vorschriften der §§. 1373 u. 1374. Die Verträge, durch welche eine Befestigung der Rechte herbeigeführt wird, sind in dem gegenwärtigen Hauptstücke abgehandelt, insofern als dadurch dem Berechtigten ein neuer Anspruch (s. oben Z. 3) gewährt wird, da die anderweitigen Sicherstellungsmittel, wie das Angeld, das Reugeld, die Conventionalstrafe u. s. w. bereits an geeigneter Stelle ihre Beachtung gefunden haben.

§. 1344.

I. durch Verpflichtung eines Dritten.

Ein Dritter kann sich dem Gläubiger für den Schuldner auf dreierlei Art verpflichten: Einmal, wenn er mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld als Alleinzahler übernimmt; dann, wenn er der Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt; endlich, wenn er sich für die Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verbindet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle.

---

*) Vgl. den in Nr. 117 der allg. öst. Ger. Ztg., J. 1857, dargestellten Civilrechtsfall.

**) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 255. — Thibaut, a. a. O. §§. 527 und 543.

§. 1345.

Wenn Jemand mit Einwilligung des Gläubigers die ganze Schuld eines Anderen übernimmt; so geschieht keine Befestigung, sondern eine Umänderung der Verbindlichkeit, wovon in dem folgenden Hauptstücke gehandelt wird.

1) Die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit zum Vortheile des Schuldners von Seite einer nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht dazu verpflichteten Person wird gemeiniglich mit dem Namen der Intercession belegt *). Verschieden hiervon ist der Antritt einer Erbschaft (§. 548), die Uebernahme einer Gefahr ohne Rücksicht auf eine bestehende Obligation **), ferner wenn Jemand eine Schuld, die wenigstens materiell keine fremde war, einem Andern abnimmt, wenn er lediglich auf ein Recht Verzicht leistet, oder eine fremde Schuld bezahlt, ohne eine weitere Verbindlichkeit zu übernehmen.

2) Die Intercession ist eine privative, wenn der bisherige Schuldner durch dieselbe von seiner schon vorhandenen oder erst künftigen Verbindlichkeit befreit wird — davon ist erst im nächstfolgenden Hauptstücke die Rede; oder sie ist eine cumulative, wenn der frühere Schuldner auch noch weiter verhaftet bleibt, und nur die Verpflichtung des Intercedenten hinzukömmt. Bei der cumulativen Intercession muß dann wieder die subsidiarische (Bürgschaft im eigentlichen Sinne, §. 1346) von derjenigen unterschieden werden, bei welcher der Intercedent als Mitschuldner beitritt (§. 1347).

§. 1346.

a) als Bürge;

Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle, wird ein Bürge, und das zwischen ihm und dem Gläubiger getroffene Uebereinkommen ein Bürgschaftsvertrag genannt. Hier bleibt der erste Schuldner noch immer der Hauptschuldner, und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu.

1) Der Bürge (fidejussor) übernimmt die Verbindlichkeit eines Andern nur bedingt, nämlich für den Fall, daß sie der erste Schuldner (der Hauptschuldner) nicht selbst erfüllt. Seine Verpflichtung ist daher eine subsidiarische, und es steht ihm in der Regel (s. §§. 1355 u. 1356) das s. g. beneficium excussionis seu ordinis zu. Die Bürgschaft setzt einen Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger voraus, der aber nach §. 863 allerdings auch stillschweigend eingegangen werden kann; doch

---

*) Vgl. Thibaut, a. a. O. §. 528. — Puchta, a. a. O. §. 403.

**) S. die im fr. 8, §. 1 u. fr. 19 pr. u. §§. 1 u. 2 Dig. ad Sct. Vellej. (16, 1) angeführten Fälle.

würde ein bloßer Rath, oder eine Empfehlung nach Umständen nur die Pflicht zum Schadenersatze (nach §. 1300) begründen.

2) Die Einwilligung des Hauptschuldners ist zur Perfection der Bürgschaft nicht erforderlich; seine Rechte und Verbindlichkeiten werden durch dieselbe nicht verändert.

§. 1347.

Wenn Jemand, ohne die den Bürgen zu Statten kommende Bedingung, einer Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt, so entsteht eine Gemeinschaft mehrerer Mitschuldner, deren rechtliche Folgen nach den in dem Hauptstücke von Verträgen überhaupt gegebenen Vorschriften zu beurtheilen sind (§§. 888—896). b) als Mitschuldner.

1) Die zweite Art der cumulativen Intercession (die nicht subsidiarische) ist dann vorhanden, wenn Jemand der Verbindlichkeit eines Andern als Mitschuldner beitritt. Auch hier ist zuvörderst das gegenseitige Uebereinkommen der Parteien maßgebend. In Ermanglung besonderer Verabredungen kommen folgende Grundsätze zur Anwendung: a) der Intercedent haftet als Mitschuldner, jedoch nicht nothwendiger Weise zur ungetheilten Hand *), sondern der Regel nach bloß für seinen Antheil (§. 889), der im Zweifel als gleich groß mit den Antheilen der übrigen Mitschuldner angenommen werden muß (§. 839); eine solidarische Haftung trifft ihn nur dann, wenn der Gegenstand der Leistung untheilbar ist (§. 890); b) der Hauptschuldner bleibt nach wie vor für die ganze Schuld verhaftet, denn die Intercession soll nicht eine Umänderung, sondern nur eine Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten bewirken, und es ist nicht anzunehmen, daß der Gläubiger auch nur auf einen Theil seines Anspruches gegen den ersten Schuldner verzichtet habe **).

2) Hat der Intercedent die Schuld ganz oder zum Theile abgetragen, so steht ihm der Rückersatzanspruch gegen den Hauptschuldner zu, ohne daß dieser ihm aus §. 896 das beneficium partitionis entgegensetzen könnte; denn er tritt durch die Zahlung nach §§. 1358 und 1423 in die Rechte des Gläubigers ein.

3) Wurde anderseits die Zahlung von dem Hauptschuldner geleistet, so kann dieser auch in dem vorausgesetzten Falle den §. 896 nicht zu seinen Gunsten anrufen und von dem Intercedenten einen, wenn auch nur theilweisen Ersatz begehren, denn er hat eben nur seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet und steht überhaupt zu dem Intercedenten in gar keinem Obligationsverhältnisse, da dieses nur zwischen dem Letzteren und dem Gläubiger eingegangen wurde ***).

---

*) Dieß hatte allerdings das westgal. G. B. angeordnet. Thl. III., §. 497.

**) Nippel, Erläut., Bd. 8. I. S. 251.

***) Offenbar unrichtig ist es daher, wenn Ellinger in seinem Handb., S. 509, behauptet, daß bei dieser Art der Intercession die Einwilligung des Hauptschuldners nothwendig sei.

§. 1348.

Entschädigungsbürge.

Wer dem Bürgen auf den Fall, daß derselbe durch seine Bürgschaft zu Schaden kommen sollte, Entschädigung zusagt, heißt Entschädigungsbürge.

1) Der Entschädigungsbürge (Rückbürge, fidejussor indemnitatis) verpflichtet sich dem Bürgen zur Leistung des Ersatzes, wenn dieser durch seine Bürgschaft unverschuldeter Weise (§. 1362) zu Schaden kommen sollte. Er kann also erst dann angegangen werden, wenn der Bürge von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen konnte, nicht schon, wenn der Bürge selbst auf Erfüllung der Bürgschaft belangt wird, da er damit nur seiner Verbindlichkeit nachkömmt.

2) Verschieden von dem Entschädigungsbürgen ist der Mitbürge, der nämlich mit einem Andern Bürgschaft leistet (§. 1359) und als Solidarschuldner dem Gläubiger gegenüber steht — und der Nachbürge (Afterbürge, fidejussor succedaneus), der sich ebenfalls dem Gläubiger, jedoch nur für den Fall verbindet, daß er weder von dem Hauptschuldner, noch von dem ersten Bürgen seine Befriedigung erlangen könnte.

§. 1349.

Wer sich verbürgen könne.

Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechtes Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht.

1) Im gemeinen Rechte hatte bekanntlich das Senatusconsultum Vellejanum die Intercessionen der Frauenspersonen für unwirksam erklärt und Kaiser Justinian noch insbesondere in der 134. Novelle (cap. 8), aus welcher später die Authentica si qua mulier entnommen wurde, die Intercessionen der Gattin für ihren Ehemann mit der Nichtigkeit belegt, ohne daß die Ausnahmen des S. C. darauf anwendbar sind. Einer allgemein verbreiteten Praxis zu Folge wurde später angenommen, daß Frauen auf ihr Beneficium verzichten können, wenn sie vorher über die Natur dieser Rechtswohlthat und die Folgen des Verzichtes von einem Rechtskundigen belehrt und dadurch in den Stand gesetzt worden sind, das Geschäft mit Ueberlegung abzuschließen *). Die neueren Gesetzgebungen und darunter auch schon der Entwurf zu unserem b. G. B. haben aber an diesen Bestimmungen nicht mehr festgehalten und so entstand denn die Verfügung des §. 1349, die sich bei dem Schweigen des Gesetzes über eine Beschränkung in der Eingehung von Intercessionen durch Frauenspersonen wohl von selbst verstanden hätte, aber deßhalb aufgenommen wurde, um die Abweichung von dem früheren Rechte deutlicher hervorzuheben.

2) Die persönliche Fähigkeit zur Eingehung von Intercessionen richtet sich demnach gegenwärtig lediglich nach den in den §§. 865—868

---

*) Puchta, a. a. O. §§. 407—410. — Thibaut, a. a. O. §§. 533—538.

enthaltenen Vorschriften, woraus Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 260) mit Recht folgert, daß ohne Zweifel auch ein Minderjähriger u. s. w. giltig intercediren kann, wenn die Einwilligung seines Vertreters und allenfalls des Gerichtes hinzukömmt. Ein Mitglied des deutschen Ordens kann nach §. 11 der Ordensstatuten v. 28. Juni 1840 nur in so ferne eine Bürgschaft übernehmen, als ihm dieses von dem Hoch- und Deutschmeister durch eine Dispensation von den Ordensgesetzen gestattet wird.

§. 1350.

Eine Bürgschaft kann nicht nur über Summen und Sachen, sondern auch über erlaubte Handlungen und Unterlassungen in Beziehung auf den Vortheil oder Nachtheil, welcher aus denselben für den Sichergestellten entstehen kann, geleistet werden. Für welche Verbindlichkeiten.

§. 1351.

Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben, oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen, noch bekräftiget werden.

1) Die Intercession ist ein accessorisches Rechtsgeschäft, setzt demnach eine giltige Verbindlichkeit voraus, mag diese schon zur Zeit ihrer Eingehung vorhanden sein, oder erst später zur Existenz gelangen. Hat also die Verbindlichkeit nicht zu Recht bestanden, weil z. B. eine unmögliche Leistung versprochen wurde *), oder weil der Vertrag zu den im Gesetze verbotenen gehörte (§. 879) u. dgl. m. — oder war sie zur Zeit der Intercession bereits erloschen (sei es durch Zahlung oder durch Compensation, oder auf irgend eine andere Weise), so ist diese ebenfalls wirkungslos. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die Verbindlichkeit bloß zum Vortheile des Hauptschuldners als ungiltig angesehen wird, wie aus §. 1352 erhellet. — War die Hauptschuld eine solche, zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt (z. B. eine Spielschuld), so meinen Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 16) und Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 263), daß die Uebernahme oder Verbürgung derselben auch ungiltig sei. Uns scheint aber zwischen einer ungiltigen und zwischen einer nicht klagbaren Verbindlichkeit denn doch ein wesentlicher Unterschied obzuwalten und daher auf letztere der §. 1351 nicht anwendbar zu sein **).

---

*) Si sub impossibili conditione stipulatus sim, fidejussor adhiberi non potest. fr. 29. Dig. de fidej. (46, 1).

**) So heißt es auch im fr. 16. §. 3. Dig. l. c. (46, 1). Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicatur.

2) Im Uebrigen kann jede Schuld übernommen oder bekräftiget werden *); der Intercedent tritt an die Stelle des Hauptschuldners und hat die demselben obliegende Verbindlichkeit so zu erfüllen, wie sie dieser selbst zu erfüllen verpflichtet gewesen wäre. Dieß ist jedoch nur in so ferne möglich, als bei der betreffenden Leistung die Person nicht in Betracht kömmt, und als der Gegenstand derselben eine Summe Geldes oder sonst eine vertretbare Sache, oder nur eine der Gattung nach bestimmte Sache (genus, quantitas) ist, oder endlich als die individuelle bestimmte Sache in den Besitz des Bürgen gelangte. War dagegen das Letztere nicht der Fall, oder bezieht sich die Verbindlichkeit auf eine Handlung oder Unterlassung, wobei es auf die Person des Leistenden ankömmt (z. B. die Anfertigung eines Gemäldes u. dgl.), so kann die Intercession nur auf den Schaden bezogen werden, der dem Berechtigten durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit zugeht. Wurde der hiefür zu leistende Betrag in vorhinein bestimmt, so kommen die Grundsätze über die Conventionalstrafe (§. 1336) zur Anwendung. Ist eine solche Verabredung nicht getroffen worden, so muß der Schade nach allgemeinen Grundsätzen ermittelt und darnach die Vergütung geleistet werden.

§. 1352.

Wer sich für eine Person verbürgt, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft nicht verbinden kann, ist, obschon ihm diese Eigenschaft unbekannt war, gleich einem ungetheilten Mitschuldner verpflichtet (§. 896).

1) Wir haben schon oben (S. 581) bemerkt, daß eine Intercession dann giltig geschehen kann, wenn die Hauptschuld wegen eines in der Person des Hauptschuldners eintretenden Mangels als unwirksam erscheint **); denn es ist, wenn der Intercedent darum gewußt hat, der animus donandi anzunehmen, wenn er aber keine Kenntniß davon hatte, ein Verschulden von seiner Seite vorhanden.

2) In einem solchen Falle kömmt dem Intercedenten weder das beneficium excussionis (nach §. 1355), noch das Recht des Regresses (nach §. 1358) gegen den Hauptschuldner zu Statten, er haftet demnach wie ein Mitschuldner, und zwar zur ungetheilten Hand (als correus debendi).

3) Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 264) und nach ihm Ellinger (Handb. S. 510) will die Verfügung dieses Paragraphen auch auf den Fall ausgedehnt wissen, wenn Jemand eine Leistung zugesichert hat, welche in Erfüllung zu bringen demselben wegen seiner persönlichen Eigenschaften unmöglich ist, welcher aber derjenige, der die Bürgschaft geleistet hat, allerdings zu erfüllen im Stande ist; allein mit Recht bemerkt Winiwarter

---

*) Praeterea sciendum est, fidejussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re, sive verbis, sive consensu. fr. 8. §. 1. ibd.

**) Marcellus scribit: si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competat. fr. 25, ibd.

(bürgl. Recht Bd. 5, S. 12) dagegen, daß die Unfähigkeit sich zu verbinden mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht verwechselt werden darf, daß erstere ein subjectives, letztere ein objectives Hinderniß der Giltigkeit eines Vertrages ist, und daß mithin dasjenige, was das Gesetz von der einen anordnet, nicht auf die andere ausgedehnt werden darf.

§. 1353.

Die Bürgschaft kann nicht weiter ausgedehnt werden, als sich der Bürge ausdrücklich erkläret hat. Wer sich für ein zinsbares Capital verbürget, haftet nur für jene rückständigen Zinsen, welche der Gläubiger noch nicht einzutreiben berechtiget war. Umfang der Bürgschaft.

1) Für den Umfang der Bürgschaft ist zunächst die Erklärung des Bürgen maßgebend, welche in zweifelhaften Fällen nach allgemeinen Grundsätzen (§. 915) auszulegen kömmt. Demnach kann sich der Bürge allerdings auf weniger verpflichten, als der Hauptverpflichtete zu leisten schuldig ist, keineswegs aber auf mehr, da dieß der accessorischen Natur der Bürgschaft widerspräche *). Verschieden hiervon ist es, wenn der Bürge sich nur kräftiger, als der Hauptschuldner, verpflichtet, also z. B. dem Gläubiger ein Pfand bestellt; doch fände ohne seine Einwilligung eine Pränotation auf die ihm gehörigen Realitäten nur in so ferne statt, als dieselbe überhaupt als zulässig erscheint (s. Bd. 2, S. 46 d. W.).

2) Ob der Bürge außer der Hauptschuld auch für die Nebenverbindlichkeiten (Zinsen, Früchte, Conventionalstrafe, Proceßkosten u. dgl.) zu haften habe, muß ebenfalls zunächst aus dem Inhalte des Bürgschaftsvertrages entschieden werden. Im Allgemeinen läßt sich nur so viel behaupten, daß der Bürge für nichts in Anspruch genommen werden kann, wofür er nicht insbesondere haften zu wollen erklärt hat, oder was nicht schon der Natur der Sache zufolge in der Hauptschuld als mitbegriffen erscheint. Deßhalb wird der Bürge, der sich wissentlich für ein zinsbares Capital verbürgt hat, allerdings auch für die richtige Zahlung der Zinsen verantwortlich, die erst nach dem Zeitpunkte der Uebernahme der Bürgschaft verfallen,

*) Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debitor, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse, quam in principali re, at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. §. 5. Inst. de fidej. (3, 21). — Hat also Jemand für eine noch unbestimmte Verpflichtung nur bis zu einem bestimmten Betrage Bürgschaft geleistet, so kann er über diesen hinaus nicht in Anspruch genommen werden (vgl. den von Dr. Kitka mitgetheilten Rechtsfall im Jurist. Bd. 8, S. 473). — Dagegen kann die zu Gunsten eines Beamten für einen bestimmten Dienst, jedoch ohne sonstige Beschränkung geleistete Caution nicht zurückgenommen werden, wenn der Beamte einen anderen gleichen oder höheren Dienst derselben Kategorie erhält, da dieses dem Zwecke der Bürgschaft widersprechen würde, die Veränderung in der Natur der Sache liegt, folglich vorauszusehen war, und dem Bürgschaftsleister daraus keine größere Gefahr erwächst (vgl. die Entsch. des obersten Gerichtshofes vom 21. November 1851, Z. 9083, in der allg. öst. Ger. Ztg., J. 1856, Nr. 142).

für Zinsrückstände jedoch nur in soweit, als sie der Gläubiger zu fordern noch nicht berechtiget war, weil die aus einer früheren Periode herrührenden Zinsen den Gegenstand einer selbstständigen Forderung ausmachen.

§. 1354.

Von der Einwendung, wodurch ein Schuldner nach Vorschrift der Gesetze die Beibehaltung eines Theiles seines Vermögens zu seinem Unterhalte zu fordern berechtiget ist, kann der Bürge nicht Gebrauch machen.

1) Schon das römische Recht kennt Fälle, wo der Schuldner mittelst einer Einwendung verlangen kann, daß er nicht in die ganze Schuld, ohne Rücksicht auf die Sufficienz seines Vermögens, sondern nur in quantum facere potest, verurtheilt werde, so daß ihm der nöthige Lebensunterhalt belassen werden muß. Man nennt dieses Vorrecht das beneficium competentiae (oder das privilegium deductionis) *). Auch unsere Gesetzgebung hat dasselbe aufgenommen und es finden sich die dießfälligen Bestimmungen in den §§. 362 und 363 der a., §§. 478 u. 479 der galiz., u. §§. 468 u. 469 der ital. G. O. Da diese Rechtswohlthat auf dem persönlichen Verhältnisse des Schuldners beruht, so ist es natürlich, daß sie der Bürge nicht für sich in Anspruch nehmen kann **), außer wenn er sich selbst in gleichen Verhältnissen dem Gläubiger gegenüber befindet, wo sie ihm dann eben dieses Verhältnisses wegen, nicht aber deßhalb zukommt, weil sich der Hauptschuldner einer gleichen Begünstigung erfreut.

2) Ein ähnlicher Fall ist dann vorhanden, wenn der Gläubiger deßhalb nicht zu seiner vollen Befriedigung gelangen kann, weil sich in dem Vermögen des Schuldners Bestandtheile vorfinden, welche der Execution nicht unterworfen sind (wie z. B. die Besoldung eines Beamten u. dgl.); auch hier kömmt dem Bürgen keine Einwendung zu Statten, durch welche er seine Verbindlichkeit zu beschränken im Stande wäre; doch sind diese Gegenstände auch bei ihm von der Execution ausgenommen, da diese Ausnahme eine objective und von der Person des Schuldners unabhängig ist.

3) Hätte der Gläubiger freiwillig dem Schuldner einen Theil seines Vermögens zur Bestreitung seines Unterhaltes belassen, so kömmt dem

---

*) Vgl. Puchta, a. a. O. §§. 244 u. 245. — Thibaut, a. a. O. §§. 591—593.

**) . . . si fidejussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fidejussit, in quantum facere potest, condemnanda est. fr. 24. pr. Dig. de re jud. (42, 1). — Exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios; veluti ea, quam socius habet in id, quod facere possit, vel parens, patronusve, non competit fidejussori. fr. 7 pr. Dig. de except. (44, 1).

Bürgen allerdings dießfalls eine Einwendung gegen den Gläubiger zu, da er diesem nur in so weit haftet, als er von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht erlangen kann (§. 1346).

§. 1355.

Der Bürge kann in der Regel erst dann belanget werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllet hat. Wirkung.

1) Nach dem Rechte der Nov. 4 cap. 1 mußte der Hauptschuldner früher ausgeklagt werden, bevor der Bürge um Zahlung angegangen werden konnte; unser G. B. begnügt sich dagegen mit der gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung des ersten Schuldners, da — wie Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 22) bemerkt — der Gläubiger in vielen Fällen mehr Rücksicht auf den Bürgen als auf den Schuldner nimmt und durch den Bürgen sowohl gegen mehrfache Proceßführungen, als gegen die Zahlungsunfähigkeit oder Unredlichkeit des Schuldners gedeckt sein will.

2) Als die vom §. 1355 geforderte Einmahnung kann die bloße Aufkündigung der Schuld nicht angesehen werden, weil durch diese nur die Zahlungszeit bestimmt, aber noch keine Verzögerung begründet wird; diese tritt erst mit dem Tage nach geschehener Einmahnung ein (§§. 903 u. 1334), wenn sich in Folge derselben der Schuldner zu zahlen weigert, oder gar keine Antwort ertheilt *); daß — wie Nippel (Erläut. Bd. 8, I. S. 273) behauptet — über diese Zeit noch 14 Tage zugewartet werden müsse, weil sonst dem durch ein rechtskräftiges Erkenntniß verurtheilten Schuldner diese Frist noch offen steht, bevor der Gläubiger executive gegen ihn verfahren kann, läßt sich unserer Ansicht zu Folge nicht vertheidigen, da das Gesetz eben nicht die Ausklagung des Hauptschuldners, sondern nur seine Einmahnung fordert.

§. 1356.

Der Bürge kann aber, selbst wenn er sich ausdrücklich nur für den Fall verbürget hat, daß der Hauptschuldner zu zahlen unvermögend sei, zuerst belanget werden, wenn der Hauptschuldner in Concurs verfallen, oder wenn er zur Zeit, als die Zahlung geleistet werden sollte, unbekannten Aufenthaltes, und der Gläubiger keiner Nachlässigkeit zu beschuldigen ist.

1) Wiewohl das beneficium excussionis (die Ausklagung des Hauptschuldners) dem Bürgen nach unserem Rechte nicht mehr an und für

*) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 22.

sich zu Statten kömmt, so kann er sich dasselbe doch insbesondere ausbedingen. Dieß ist namentlich auch dann der Fall, wenn sich der Bürge ausdrücklich nur für den Fall verbürget hat, daß der Hauptschuldner zu zahlen unvermögend sei, da ein solches Unvermögen nicht eher erhellet, als wenn die Execution fruchtlos gegen den Schuldner geführt wurde.

2) Ausnahmsweise kann aber selbst unter der in Frage stehenden Voraussetzung der Bürge zuerst belangt werden, wenn a) die Zahlungsunvermögenheit des Hauptschuldners schon anderweitig am Tage liegt, weil derselbe z. B. in Concurs verfallen ist; oder b) wenn die Ausklagung des Schuldners unmöglich ist, weil derselbe zur Zeit der Zahlung unbekannten Aufenthaltes.

3) Damit in diesen Fällen der Bürge unmittelbar angegangen werden könne, ist nothwendig, daß a) die Verfallzeit bereits eingetreten sei, da das Gesetz nirgends anordnet, daß die Forderung auch vor derselben geltend gemacht werden könne; und b) daß dem Gläubiger keine Nachlässigkeit zur Last falle. Wann dieß behauptet werden könne, läßt sich nur aus den jeweilig obwaltenden Umständen entnehmen.

4) Daß der Bürge auch dann zuerst belangt werden könne, wenn er auf die Bedingung des §. 1346 Verzicht geleistet hat, dürfte keinem Zweifel unterliegen.

§. 1357.

Wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet hat, haftet als ungetheilter Mitschuldner für die ganze Schuld; es hängt von der Willkühr des Gläubigers ab, ob er zuerst den Hauptschuldner, oder den Bürgen, oder beide zugleich belangen wolle (§. 891).

Der Gebrauch des Ausdruckes „Bürge und Zahler" wird, da er sonst eine Tautologie enthielte, als eine Verzichtleistung auf das beneficium ordinis angesehen und begründet eine Intercession als correus debendi, die nach §. 891 (s. oben S. 58 d. W.) zu beurtheilen kömmt.

§. 1358.

Wer die Schuld eines Anderen bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers, und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern.

1) Nach römischem Rechte hatte der Bürge nicht schon an und für sich einen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner, sondern er mußte sich zu diesem Behufe, wenn er nicht mit der actio mandati, oder negotiorum gestorum contraria auszulangen hoffte, die Klage des Gläubigers cediren

lassen. Man nannte dieß das beneficium cedendarum actionum *). Auch unser Gesetzbuch räumt demjenigen, der die Schuld eines Dritten bezahlt, das Befugniß ein, die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes zu verlangen (§§. 1422 u. 1423); es verfügt aber in dem vorstehenden Paragraphen, daß der Intercedent ipso facto in die Rechte des Gläubigers eintrete, da die Absicht bei der Intercession nur dahin gerichtet ist, dem Gläubiger für seine Forderung Sicherheit zu verschaffen, nicht aber den Schuldner von seiner Haftung zu befreien. Ja selbst wenn ausdrücklich bestimmt worden wäre, daß der Gläubiger sich nicht mehr an den Schuldner zu halten befugt sein solle, folgt daraus noch keineswegs, daß dieser ganz (nämlich auch dem Intercedenten gegenüber) seiner Verpflichtung entbunden werde.

2) Der Intercedent kann demnach, wenn er die Schuld bezahlt hat, von dem Hauptschuldner den Ersatz fordern **), und zu diesem Behufe hat ihm der Gläubiger die vorhandenen Rechtsbehelfe (Urkunden, Briefe u. dgl.), so wie die Sicherstellungsmittel, die er vor oder bei Leistung der Bürgschaft (vgl. §. 1360) schon besaß, auszuliefern, also das Faustpfand zu übergeben, oder auf eine eingeräumte Hypothek die Supereinverleibung zu gestatten. Dieser Anspruch steht übrigens dem Bürgen oder Zahler auch dann zu, wenn der Gläubiger ihm die Schuld erlassen hat, in der Absicht, daß er den Vortheil davon habe ***).

3) Hat der Bürge oder Zahler den Gläubiger befriedigt, ohne sich mit dem Hauptschuldner einzuverstehen, so kann dieser nach §. 1361 Alles einwenden, was er gegen den Gläubiger hätte einwenden können, mithin auch das ihm gegen den Letzteren zustehende beneficium competentiae (vgl. oben S. 584), der Intercedent kann aber deßhalb wegen des Abgängigen sich nicht an den befriedigten Gläubiger halten, und dieser haftet ihm überhaupt (nach §. 1422) weder für die Einbringlichkeit, noch für die Richtigkeit der Forderung. Sollte sich aber zeigen, daß eine solche in der That gar nicht bestanden hat, so wäre nach §. 1451 auch die Bürgschaft ungiltig und das Bezahlte könnte nach §. 1431 zurückgefordert werden. Hätte nebst dem Bürgen auch der Hauptschuldner gezahlt, und zwar vor dem Ersteren, so findet die Rückforderung des Bezahlten gleichfalls nach §. 1431 statt. Wurde dagegen die Zahlung von Seite des Hauptschuldners erst nach jener des Bürgen geleistet, so kömmt zu unterscheiden, ob Ersterer um diese Zahlung gewußt hat oder nicht. Wußte er um die Zahlung, so ist er als ein Geschenkgeber anzusehen und er haftet dem Intercedenten. Wußte er nicht darum, so kann ihn der Bürge oder Zahler nicht in Anspruch nehmen, sondern muß sich an den Gläubiger wenden, der ihm auf Grundlage

---

*) Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. fr. 17. Dig. l. c. (46, 1).

**) Dieser Ersatz ist übrigens kein Schadenersatz im Sinne des §. 1489; der Anspruch auf denselben verjährt also nicht binnen drei Jahren, sondern wie die Forderung des Gläubigers selbst nur in dreißig Jahren (Entsch. des obersten Gerichtshofes v. 16. Juli 1853, Z. 5778 in der allg. öst. Ger. Ztg., J. 1854, Nr. 3).

***) Vgl. fr. 10. §. 13. fr. 11 u. 12 pr. Dig. mand. (17, 1).

des §. 1435 Ersatz zu leisten hätte. War der Hauptschuldner von dem Glaubiger befreit worden, so ist auch die Bürgschaft in Folge ihrer accessorischen Natur erloschen (§. 1363).

4) Hat Jemand für mehrere Mitschuldner intercedirt, so steht ihm der Regreß gegen dieselben nach Maßgabe des zwischen ihnen obwaltenden Verhältnisses entweder pro rata oder in solidum zu (§§. 888—891).

§. 1359.

Haben für den nämlichen ganzen Betrag mehrere Personen Bürgschaft geleistet, so haftet jede für den ganzen Betrag. Hat aber Eine von ihnen die ganze Schuld abgetragen, so gebührt ihr gleich dem Mitschuldner (§. 896) das Recht des Rückersatzes gegen die übrigen.

1) Haben sich mehrere Personen für eine und dieselbe Forderung verbürgt, so muß vor Allem unterschieden werden, ob sie mit oder ohne Einverständniß gehandelt. Im ersten Falle kömmt wieder zu unterscheiden, ob sie sich correaliter oder pro rata partium verpflichtet haben. Nur wenn jeder für den ganzen Betrag Bürgschaft geleistet, kann er auch nach §. 891 in Anspruch genommen werden, während er unter der gegentheiligen Voraussetzung bloß nach Maßgabe des §. 889 haftet. Im Mangel einer ausdrücklichen besondern Verabredung meint Nippel (Erläut. Bd. 8. I., S. 285) erkläre das Gesetz alle diejenigen, welche sich als Bürgen verpflichtet haben, als ungetheilte Mitschuldner dem Gläubiger für den verbürgten Betrag haftend; allein dieß scheint nur in so ferne richtig zu sein, als sie für den „ganzen" Betrag Bürgschaft geleistet haben *). Wurde sohin von Einem der Bürgen die Zahlung geleistet, und zwar nur seines Antheiles, so steht ihm kein Recht gegen seine Mitbürgen, wohl aber der Regreß gegen den Hauptschuldner nach §. 1358 zu. Hat dagegen Ein Bürge die ganze Schuld abgetragen, weil er zur ungetheilten Hand mit ihnen haftete, so gebührt ihm das Recht des Rückersatzes sowohl gegen den Hauptschuldner nach §. 1358, als gegen seine Mitbürgen nach der Weisung des §. 896.

2) Haben die mehreren Bürgen ohne Einverständniß gehandelt, so haftet natürlich jeder Einzelne für den ganzen Betrag, für den er sich verbürgt hat; von einem beneficium divisionis kann hier keine Rede sein, und eben so wenig gebührt demjenigen, der die Zahlung geleistet, ein Regreßanspruch gegen die andern Bürgen **), da sie mit ihm in gar keinem Obligationsverhältnisse stehen. Auch eine Abtretung der Klage des befriedigten Gläubigers würde nicht Platz greifen können, da mit der Befriedigung die Ansprüche des Letzteren gegen die übrigen Bürgen erlöschen.

---

*) Nach römischem Rechte war durch eine Epistola Divi Hadriani mehreren Fidejussoren das s. g. auxilium divisionis gegeben. S. §. 4. Inst. de fidej. (3, 20) u. fr. 26. Dig. h. t.

**) Mitbürgen können sie in einem solchen Falle nicht genannt werden.

§. 1360.

Wenn dem Gläubiger vor, oder bei Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner oder einem Dritten ein Pfand gegeben wird, so steht ihm zwar noch immer frei, den Bürgen der Ordnung nach (§. 1355) zu belangen; aber er ist nicht befugt, zu dessen Nachtheil sich des Pfandes zu begeben.

1) Da der Gläubiger nach §. 1358 verpflichtet ist, alle vorhandenen Sicherstellungsmittel auszuliefern, so darf er sich eines, außer der Leistung der Bürgschaft ihm etwa eingeräumten Pfandes nicht begeben, indem er dadurch nicht nur über seine eigenen, sondern auch über die Rechte des Bürgen verfügen würde. Eine solche Begebung würde übrigens zwar nicht unwirksam sein, allein der Bürge würde in so weit, als er darthun könnte, dadurch in seinem Regresse gegen den Hauptschuldner einen Nachtheil erlitten zu haben, Ersatz dafür anzusprechen berechtiget sein (§. 1295). Hierbei muß aber vorausgesetzt werden, daß das Pfand vor oder bei Leistung der Bürgschaft bestellt wurde, weil nur dann zu vermuthen steht, daß der Bürge auf diesen Umstand Rücksicht genommen hat. Ließ sich der Gläubiger erst später ein Pfand einräumen, so kann er, da der Bürge darauf kein Recht erlangte, sich dessen ohne Weiters auch wieder begeben.

2) Die Vorschrift dieses Paragraphen gilt auch von dem Bürgen und Zahler, was insbesondere aus der allgemein lautenden Verfügung des §. 1358 zu entnehmen ist *).

§. 1361.

Hat der Bürge oder Zahler den Gläubiger befriediget, ohne sich mit dem Hauptschuldner einzuverstehen, so kann dieser Alles gegen jene einwenden, was er gegen den Gläubiger hätte einwenden können.

1) Die Bürgschaft soll nur zur Sicherung des Gläubigers dienen, sie darf aber die Lage des Schuldners nicht verschlimmern. Wird daher der Bürge von dem Gläubiger um Zahlung angegangen, so muß er sich „mit dem Hauptschuldner einverstehen," diesen von dem gedachten Anspruche in Kenntniß setzen (ihm den Streit verkünden), damit derselbe ihm alle Einwendungen an die Hand geben könne, die er etwa gegen den Gläubiger vorzubringen im Stande ist. Daß der Schuldner — wie Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 32) behauptet — zur Vertretungsleistung aufgefordert werden könne, ist aber nicht richtig, da er sich zu dem Bürgen,

*) Nippel hatte in seiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über die Bürgschaft überhaupt und über die Verbindlichkeit des Bürgen und Zahlers insbesondere (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1832. I. S. 145) die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, dieselbe aber in seinen Erläut. (Bd. 8. 1. S. 290) selbst wieder zurückgenommen.

selbst wenn dieser im Einverständnisse mit ihm gehandelt, nicht in dem Verhältnisse eines zur Gewährleistung verpflichteten Vormannes befindet *).

2) Verabsäumt der Bürge diese Vorsicht, so verliert er zwar nicht den Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner (§. 1358), er muß sich aber von diesem alle gegen den Gläubiger unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen lassen und kann somit leicht zu Schaden kommen.

§. 1362.

Der Bürge kann von dem Entschädigungsbürgen nur dann Entschädigung verlangen, wenn er sich den Schaden nicht durch sein eigenes Verschulden zugezogen hat.

1) Der Entschädigungsbürge ist, wie bei §. 1348 bemerkt wurde, derjenige, welcher dem Bürgen auf den Fall, daß derselbe durch seine Bürgschaft zu Schaden kommen sollte, Entschädigung zusagt. Damit diese von ihm gefordert werden könne, muß also zuvörderst erwiesen sein, daß der Hauptbürge wirklich einen Schaden erlitten hat. Dieß kann erst dann behauptet werden, wenn der erste Schuldner fruchtlos um Rückersatz angegangen wurde. Derselbe muß also jedenfalls vorerst ausgeklagt werden.

2) Weiters gilt auch hier der Grundsatz, daß man für denjenigen Schaden, den man sich durch sein eigenes Verschulden zugezogen hat, nicht von einem Andern Ersatz begehren könne. Hätte also der Hauptbürge es unterlassen, die Auslieferung der Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel von dem Gläubiger zu begehren (§. 1358), oder sich vor der Zahlung mit dem Hauptschuldner in's Einvernehmen zu setzen (§. 1361), oder hätte er sonst ein Versehen begangen, durch welches seine Forderung gegen den Hauptschuldner ganz oder zum Theile uneinbringlich geworden ist (§. 1399), so kann er hiefür keinen Ersatz von dem Entschädigungsbürgen ansprechen. Daraus kann aber noch nicht gefolgert werden, daß der Bürge zu dem von dem Gläubiger wider ihn erhobenen Rechtsstreite, oder bei der von ihm selbst vorläufig wider den Hauptverpflichteten zu erhebenden Klage den Entschädigungsbürgen beiziehen müsse **), da der §. 1361 hier keine, auch nur analoge Anwendung erleidet ***).

3) Der Entschädigungsbürge haftet nicht nur für den Betrag der Hauptschuld, sondern für allen Schaden, den der Hauptbürge aus seiner Bürgschaft erleidet, also auch für etwaige Proceßkosten u. dgl.

4) Hat der Entschädigungsbürge den Hauptbürgen befriedigt, so kann er von ihm ebenso wie der Hauptbürge von dem Gläubiger die Auslieferung der vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel verlangen und seinen Regreß gegen den ersten Schuldner nehmen (§. 1358).

---

*) Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 292 und Fischer (Dr. Franz), die Lehre von der Streitverkündigung überhaupt und von dem Aufrufe eines Dritten zur gerichtlichen Vertretung insbesondere. Wien 1832. S. 45 u. ff.

**) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 34.

***) Nippel, Erläut. Bd. 8. I. S. 297. — Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 23.

§. 1363.

Die Verbindlichkeit des Bürgen hört verhältnißmäßig mit der Verbindlichkeit des Schuldners auf. Hat sich der Bürge nur auf eine gewisse Zeit verpflichtet, so haftet er nur für diesen Zeitraum. Die Entlassung eines Mitbürgen kommt diesem zwar gegen den Gläubiger, aber nicht gegen die übrigen Mitbürgen zu Statten (§. 896).

Arten der Erlöschung der Bürgschaft.

1) Die accessorische Natur der Bürgschaft (§. 1351) bringt es mit sich, daß sie ganz oder zum Theile erlischt, sobald und in wie weit die Hauptverbindlichkeit des Schuldners aufhört, mag dieß aus was immer für einem Grunde geschehen. Doch gilt der eben erwähnte Grundsatz nur bei dem eigentlichen Bürgen. Hätte sich dagegen Jemand als Bürge und Zahler verpflichtet, so haftet er als ungetheilter Mitschuldner (§. 1357) und es sind sohin auf denselben die oben (S. 62—66 d. W.) erörterten Bestimmungen anzuwenden.

2) Es gibt aber auch noch anderweitige Erlöschungsarten, welche die Bürgschaft unmittelbar betreffen, ohne daß die Hauptverbindlichkeit dadurch in ihrem Bestande berührt wird. Hierher gehört der Verlauf der Zeit, auf welche die Bürgschaft eingeschränkt war (§. 1449). Wäre aber der Bürge während der bestimmten Zeit schon um die Zahlung angegangen worden, so kann der Gläubiger sein Recht gegen ihn auch nach Ablauf derselben verfolgen *).

3) Weiters ist auch die Entlassung des Bürgen (§. 1444) unzweifelhaft eine Erlöschungsart der Bürgschaft, doch kömmt, wenn mehrere Mitbürgen vorhanden sind, dießfalls die Vorschrift des §. 896 (s. oben S. 68 d. W.) zur Anwendung.

4) Als weitere Erlöschungsarten können auch die Vereinigung (§. 1445), der Neuerungsvertrag (§. 1378) und der Vergleich (§. 1380) aufgeführt werden, die nach den insbesondere dafür aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen kommen. Von der Verjährung des aus der Bürgschaft entspringenden Rechtes handelt insbesondere der §. 1367.

§. 1364.

Durch den Verlauf der Zeit, binnen welcher der Schuldner hätte zahlen sollen, wird der Bürge, wenn auch der Gläubiger auf die Befriedigung nicht gedrungen hat, noch nicht von seiner Bürgschaft befreiet; allein er ist befugt, von dem Schuldner, wenn er mit dessen Einwilligung Bürgschaft geleistet hat, zu verlangen, daß er ihm Sicherheit verschaffe. Auch der Gläubiger ist dem Bürgen in so weit verantwortlich, als

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 5, S. 25.

dieser wegen dessen Saumseligkeit in Eintreibung der Schuld an Erholung des Ersatzes zu Schaden kommt.

1) Die Bürgschaft kann mit dem Verlaufe der Zeit, binnen welcher der Hauptschuldner hätte zahlen sollen, nicht erlöschen, da sie sonst in den meisten Fällen wirkungslos wäre, indem vor Ablauf dieser Zeit weder der Schuldner selbst, noch viel weniger der Bürge belangt werden kann. Es müßte daher selbst in dem Falle, als der Bürge sich ausdrücklich nur für den gedachten Zeitraum verpflichtet hätte, dem Gläubiger eine den Umständen angemessene Frist (§. 904) gegönnt werden, um seine Rechte geltend zu machen, da jeder Vertrag so ausgelegt werden muß, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirksamkeit sei (§. 914) *). Im Uebrigen kann der Gläubiger selbst mit dem Eintritte des besagten Termines nicht gezwungen werden, seine Ansprüche, sei es gegen den Hauptschuldner, sei es gegen den Bürgen selbst, zu verfolgen, sondern es steht ihm dieß durch die ganze gesetzliche Verjährungszeit offen **). Hierbei muß aber bemerkt werden, daß für jede der beiden Forderungen des Gläubigers (nämlich gegen den Hauptschuldner und gegen den Bürgen) eine besondere Verjährung läuft, und daß daher eine Hemmung oder Unterbrechung des Laufes der einen Verjährung auf die andere an und für sich noch keinen Einfluß übt ***). Aus dem gleichen Grunde würde eine Prolongirung der Verfallzeit der Hauptforderung, wenn sie ohne Einwilligung des Bürgen vorgenommen wurde, diesem letzteren zu keinem Nachtheile gereichen, also auch seine Haftung nicht verlängern können (§§. 881, 894 u. 1379).

2) Damit der Bürge aber durch eine Zögerung des Gläubigers in Geltendmachung seines Rechtes nicht zu Schaden komme, räumt ihm das Gesetz nach Umständen zwei verschiedene Rechtsmittel ein. Das erstere derselben ist nur dann anwendbar, wenn die Bürgschaft im Einverständnisse mit dem Hauptschuldner geleistet wurde In diesem Falle kann nämlich der Bürge von dem Hauptschuldner nach eingetretener Verfallzeit, wenn dieser den Gläubiger nicht befriedigt, Sicherstellung verlangen, da ihm sonst sein Regreßrecht (§. 1358) vereitelt werden könnte. Die Lage des Schuldners wird dadurch nicht verschlimmert, da er zur Verfallzeit ohnehin zu

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 8. I. S. 301. — Winiwarter (bürgerl. Recht Bd. 5. S. 26) meint, daß der Bürge auch in einem solchen Falle durch die ganze Verjährungszeit hafte.

**) Die gemeinrechtliche Praxis hat dem Bürgen, wenn er durch Zögerung des Gläubigers den Verlust der Ausübung seiner Beneficien befürchtet, das Recht gegeben, denselben zur Anstellung seiner Klage zu provociren (Puchta, a. a. O. §. 405); eine solche Aufforderung ist aber unserem Gesetze fremd.

***) Wir können daher der Ansicht Ellinger's (in seinem Aufsatze: über die Prolongirung der Verfallzeit und die Unterbrechung der Verjährung einer verbürgten Forderung auf die Haftung des Bürgen, in der Themis, n. Folge, Heft 4, S. 83), nicht beipflichten, wenn er behauptet, „daß die vor Ablauf der Verjährungsfrist eingetretene Unterbrechung [der für die Forderung gegen den Hauptschuldner laufenden Verjährung] für den Bürgen eine längere Haftung begründe, indem seine Haftung sich auf die ganze Verjährungszeit der Forderung erstreckt und hier die Verjährung wieder neu (von dem Momente der Unterbrechung) zu laufen beginnt.“

zahlen verpflichtet ist. Hieraus ergibt sich aber zugleich, daß vor Eintritt des gedachten Zeitpunktes ein solches Recht nicht ausgeübt werden kann, wofern nicht einer der Ausnahmsfälle des §. 1365 eintritt *). Wurde die Bürgschaft aber ohne Einwilligung des Schuldners geleistet, so besteht zwischen ihm und dem Bürgen gar kein Obligationsverhältniß; es kann daher das in Frage stehende Rechtsmittel auch nicht zur Anwendung gelangen.

3) Das zweite Rechtsmittel, welches das Gesetz dem Bürgen zur Wahrung seiner Regreßansprüche eingeräumt hat, ist gegen den Gläubiger gerichtet, indem es diesen für ein Saumsal in der Eintreibung der Schuld in so weit verantwortlich macht, als der Bürge dadurch an der Erholung seines Ersatzes verkürzt wurde. Er kann in diesem Falle, wenn er seinerseits dem Gläubiger bereits Zahlung geleistet, so viel zurückfordern, als sein Verlust beträgt, oder, wenn dieser schon früher liquid wäre, im Compensationswege bei der Zahlung in Abzug bringen **), vorausgesetzt, daß die Bedingungen der Compensation (§. 1438) vorhanden sind. Die Frage, ob dem Gläubiger ein Versäumniß zur Last falle, läßt sich im Allgemeinen nicht beantworten, sondern es dürfte hierbei in jedem einzelnen Falle auf die dabei obwaltenden Umstände ankommen ***).

§. 1365.

Wenn gegen den Schuldner ein gegründetes Besorgniß der Zahlungsunfähigkeit oder der Entfernung aus den Erbländern, für welche dieses Gesetzbuch vorgeschrieben ist, eintritt; so steht dem Bürgen das Recht zu, von dem Schuldner die Sicherstellung der verbürgten Schuld zu verlangen.

---

*) In diesem Sinne wurde eine von einem Bürgen bloß auf Grund der Schuld- und Bürgschaftsurkunde auf Güter des Schuldners, für den er Bürgschaft geleistet, angesuchte Pränotation in der Betrachtung, daß der Gesuchsteller noch kein Forderungsrecht habe und wegen bloß möglicher Ansprüche die Vorschriften des Gesetzes kein Pränotationsrecht geben, von dem k. k. obersten Gerichtshofe (mit Entscheidung vom 19. Juni 1852, Z. 6075; allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1856, Nr. 110) abgeschlagen.

**) Vgl. den von Nippel dargestellten Rechtsfall in der öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1832. I. S. 145. — Der gedachte Schriftsteller meint (Erläut. Bd. 8. I. S. 303), daß die Forderung des Bürgen an den Gläubiger in keinem Falle im Wege der Einwendung geltend gemacht werden könne, da sie zur Zeit der Einklagung des Bürgen durch den Gläubiger weder richtig noch fällig sei; — allein diese Voraussetzung scheint uns in der vom Verfasser behaupteten Allgemeinheit ungegründet zu sein.

***) A hatte für die Schuld des B in einer Waisencasse Bürgschaft geleistet. Das Waisenamt versäumte den von B ausgefertigten Schuldschein auf die Realität desselben intabuliren zu lassen. Hierdurch erlitt die Waisencasse bei der executiven Feilbietung des gedachten Reale einen Schaden, zu dessen Ersatz das Waisenamt im Syndicatswege verurtheilt wurde. Dieses wollte sich nun an dem Bürgen erholen, wurde aber in erster und letzter Instanz abgewiesen, weil das Waisenamt die Intabulirung des Schuldscheines außer Acht gelassen und sich dadurch eines Saumsals schuldig gemacht hatte (s. den von Dr. Sitka im Jurist. Bd. 8, S. 473 mitgetheilten Rechtsfall).

1) Das Gesetz gestattet dem Bürgen nicht nur, nach bereits geleisteter Zahlung seinen Regreß gegen den Schuldner zu nehmen (§. 1358), oder von demselben nach eingetretener Verfallzeit Sicherstellung zu begehren (§. 1364), sondern es räumt ihm auch vor der Verfallzeit das Recht ein, auf Sicherheit zu dringen, wenn ein gegründetes Besorgniß eintritt, daß ihm die Geltendmachung seines Regreßanspruches gänzlich vereitelt, oder doch wesentlich erschwert würde. Eine solche Gefahr könnte Platz greifen, wenn der Schuldner einen, seine Vermögensverhältnisse übersteigenden Aufwand machte, wenn sich seine Schuldenlast immer häufte u. dgl. m.; oder wenn er Anstalten träfe, Oesterreich zu verlassen, wodurch die Schwierigkeit der Rechtsverfolgung erhöht würde. Wann übrigens derlei Besorgnisse gegründet seien, müßte der Richter nach Erwägung aller obwaltenden Umstände beurtheilen.

2) Das in Frage stehende Befugniß scheint übrigens dem Bürgen nur dann zugestanden werden zu können, wenn er mit Einwilligung des Schuldners Bürgschaft geleistet hat, wiewohl das Gesetz dieß nicht ausdrücklich hervorhebt; allein, wenn schon nach eingetretener Verfallzeit die Sicherstellung nur unter der gedachten Voraussetzung begehrt werden kann (§. 1364), so muß dieß um so mehr für die Zeit vor dem Eintritte der Fälligkeit der Forderung gelten, zumal sonst die Lage des Schuldners durch die, ohne seine Zustimmung geleistete Bürgschaft verschlimmert würde, was einem anerkannten Rechtsgrundsatze widerspricht*).

§. 1366.

Wenn das verbürgte Geschäft beendiget ist, so kann die Abrechnung und die Aufhebung der Bürgschaft gefordert werden.

1) Die Anordnung des vorstehenden Paragraphen setzt den, gemeiniglich bei Cautionsleistungen vorkommenden Fall voraus, daß sich Jemand für die aus einer fortdauernden Geschäftsführung (z. B. einer Lieferung, einer Cassaführung, einer Güterverwaltung u. dgl.) etwa entspringenden Schulden verbürgt hat. Hier ist es in seinem Interesse gelegen, nach Beendigung des Geschäftes zu erfahren, ob und welche Ansprüche aus demselben hervorgehen, um auch seinerseits die ihm zustehenden Rechtsmittel (§. 1364) in Anwendung zu bringen. Hierzu stellt sich die Abrechnung als ein unerläßliches Mittel dar.

2) Der Bürge kann demnach, wenn er sich mit Einwilligung des Schuldners verbürgt hat, diesen zur Rechnungslegung verhalten, da er von ihm ja (nach §. 1364) sogar Sicherstellung begehren könnte. War

*) Auch im römischen Rechte ist eine ähnliche Bestimmung enthalten. Non absimilis illa [quaestio], quae frequentissime agitari solet: Fidejussor an et prius, quam solvit, agere possit, ut liberetur (nec enim semper exspectandum est, ut solvat, aut judicio accepto condemnetur), si diu in solutione reus cessavit, aut certe bona sua dissipavit? praesertim si domi pecuniam fidejussor non habebit, qua numerata creditori, mandati actione conveniat. fr. 38. §. 1. Dig. mand. vel contra (17, 1).

dagegen die Bürgschaft ohne Zustimmung des Schuldners geleistet worden, so kann der Bürge nur gegen den Gläubiger auftreten, und von ihm verlangen, daß er den Schuldner binnen einer angemessenen Zeit zur Ablegung der Rechnung verhalte, widrigens die Bürgschaft als aufgehoben betrachtet würde, da es nicht in dem Belieben des Gläubigers gelegen sein kann, die Haftung des Bürgen in's Unbestimmte zu verlängern.

3) Die Vorschrift des §. 1365 müßte im Wege der Analogie auch dann zur Anwendung kommen, wenn das Geschäft, für dessen Führung die Bürgschaft geleistet wurde, zwar nicht beendigt, wenn aber die Zeit abgelaufen ist, auf welche der Bürge seine Haftung beschränkt hat (§. 1363).

§. 1367.

Ist der Bürgschaftsvertrag weder durch eine Hypothek, noch durch ein Faustpfand befestiget, so erlischt er binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, von dem Erben die verfallene Schuld gerichtlich oder außergerichtlich einzumahnen.

1) Wir haben schon anderwärts bemerkbar gemacht, daß durch den Tod des Bürgen die Verpflichtung desselben nicht erlischt, sondern daß sie wie jede andere nicht auf höchstpersönlichen Eigenschaften und Verhältnissen beruhende Verbindlichkeit auf seine Erben übergeht (§§. 548 u. 918). Ingleichen haben wir (S. 592) erwähnt, daß der aus der Bürgschaft hervorgehende Anspruch des Gläubigers in der Regel der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§. 1479) unterworfen ist, welche von dem ursprünglichen, oder mit Einverständniß des Bürgen prolongirten Verfallstage der Schuld zu laufen beginnen *).

2) Von diesem letzteren Grundsatze hat unser a. b. G. B. in dem vorstehenden Paragraphen eine Ausnahme festgesetzt. Nach älterem deutschen Rechte ging die Bürgschaft überhaupt nicht auf die Erben des Bürgen über **). Die österreichische Gesetzgebung wollte nun dieser particularrechtlichen Bestimmung wenigstens in so weit Rücksicht schenken, daß sie zu Gunsten der Erben des Bürgen eine kürzere Verjährungsfrist von drei Jahren festsetzte, weil diese, wenn sie von der Bürgschaft keine Kenntniß haben, oder dieselbe für bereits erloschen halten, leicht zu Schaden kommen könnten, indem es ihnen unter dieser Voraussetzung unmöglich ist, von den Rechtsmitteln der §§. 1364—1366 Gebrauch zu machen. — Die oberwähnte Verjährungsfrist beginnt, wenn die Schuld bereits vor dem Tode des Bürgen fällig war, mit dem Tode desselben, wenn sie dagegen erst später fällig wurde, mit dem Verfalle der Schuld, da eine Verjährung überhaupt vor diesem Termine nicht zu laufen anfangen kann (§. 1478); sie wird ferner sowohl durch die gerichtliche als durch die außergerichtliche Einmahnung (des Erben oder Bürgen von Seite des

---

*) S. auch Dr. Th. Michel, ein Beitrag zur Lehre von der Bürgschaft, in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1855, Nr. 29.

**) S. Michel, a. a. O. S. 114.

Gläubigers) unterbrochen (§. 1497), in welchem Falle jedoch für die später wieder beginnende Verjährung abermals der Verlauf von drei Jahren genügt*).

3) Diese kürzere Verjährungsfrist findet in zwei Fällen keine Anwendung, nämlich a) wenn der Bürgschaftsvertrag selbst (nicht die Hauptschuld) durch eine Hypothek oder ein Hauptpfand befestiget ist (vgl. auch §. 1483) und b) wenn der Verstorbene sich als Bürge und Zahler oder als Bürge zur ungetheilten Hand verpflichtet hatte (Hfd. v. 19. September 1837, Nr. 229 der J. G. S., Nr. 78 des Anh. zum b. G. B. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 75 des Anh. zum b. G. B. f. Siebenbürgen).

§. 1368.

II. Durch Pfandvertrag.

Pfandvertrag heißt derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner, oder ein Anderer anstatt seiner, auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrecht wirklich einräumet, folglich ihm das bewegliche Pfandstück wirklich übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt. Der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen, ist noch kein Pfandvertrag.

1) Eine weitere Art der Befestigung einer Verbindlichkeit ist die Bestellung eines Pfandes. Es wurde bereits Bd. 2, S. 17 d. W. bei Erläuterung des §. 450 erwähnt, daß der Titel zum Pfandrechte auch in einem Vertrage gelegen sein kann, und dieser Vertrag ist es, von welchem die §§. 1368—1372 handeln.

2) Der Pfandvertrag (contractus pignoraticius, pactum hypothecae) ist nach unserem Rechte ein s. g. Realcontract, er setzt die wirkliche Einräumung des Pfandrechtes voraus. Demnach ist weder der Vertrag, durch welchen die Einräumung einer bestimmten Sache als Pfand erst versprochen, noch jener, durch welchen überhaupt bloß die Verpflichtung zur Sicherstellung übernommen wird, als ein Pfandvertrag anzusehen. Ersterer kömmt nach §. 936, letzterer nach §. 1373 zu beurtheilen. — Die wirkliche Einräumung des Pfandrechtes setzt bei beweglichen Sachen (beim Faustpfande) die körperliche oder symbolische Uebergabe, oder die Uebergabe durch Erklärung (in dem Bd. 2, S. 35—39 d. W. erörterten Sinne) voraus; bei unbeweglichen Sachen (der Hypothek) muß die Eintragung in die öffentlichen Bücher erfolgen. Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 309) und Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 32) meinen zwar, daß die Uebergabe einer tabularmäßigen Urkunde an den Gläubiger genüge; allein sie gerathen dadurch mit dem ersten Satze des §. 1368, der die eigentliche Definition des Pfandvertrages enthält, so wie mit §. 451 in Widerspruch, und auch der zweite Satz des §. 1368 spricht nicht zu ihren Gunsten, da der Ausdruck: „durch die Pfandbücher vorschreibt,“ offenbar auf eine bereits vollzogene Eintragung hindeutet.

3) Die Bestellung eines Pfandes kann durch den Schuldner selbst,

---

*) S. Michel, a. a. O. S. 115.

oder durch einen Dritten für ihn geschehen und zwar mit oder ohne des Ersteren Einwilligung; auch hier gilt der §. 1349, so wie der §. 1351, der auch im §. 449 seine Bestätigung erhält; dagegen kann die Vorschrift des §. 1352, als eine singuläre nur das Bürgschaftsverhältniß berührende Anordnung nicht auf den Pfandvertrag ausgedehnt werden.

§. 1369.

Was bei Verträgen überhaupt Rechtens ist, gilt auch bei dem Pfandvertrage; er ist zweiseitig verbindlich. Der Pfandnehmer muß das Handpfand wohl verwahren, und es dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, zurück geben. Betrifft es eine Hypothek, so muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypotheken-Büchern bewirken zu können. Die mit dem Pfandbesitze verknüpften Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgebers und Pfandnehmers sind im sechsten Hauptstücke des zweiten Theiles bestimmt worden. Wirkung des Pfandvertrages.

§. 1370.

Der Handpfandnehmer ist verbunden, dem Pfandgeber einen Pfandschein auszustellen, und darin die unterscheidenden Kennzeichen des Pfandes zu beschreiben. Auch können die wesentlichen Bedingungen des Pfandvertrages in dem Pfandscheine angeführet werden.

1) Der Pfandvertrag kann sowohl schriftlich als mündlich eingegangen werden, ohne daß dadurch in Ansehung der eingegangenen Verbindlichkeit ein Unterschied begründet würde (§. 883); das Gesetz verpflichtet im §. 1370 nur den Handpfandnehmer, dem Pfandgeber einen Pfandschein, d. i. eine Empfangsbestätigung über das ihm übergebene Pfandstück auszustellen, damit er sein Eigenthumsrecht sowohl gegen die Erben des Pfandgläubigers als gegen einen allfälligen dritten Besitzer des Pfandes um so leichter geltend zu machen im Stande sei. Bei einer Hypothek ist diese Vorsicht nicht nothwendig, da hier die Pfandsache dem Gläubiger nicht übergeben wird, sondern auf den Namen des Pfandschuldners in den öffentlichen Büchern eingetragen bleibt. — In den Pfandscheinen können auch die „wesentlichen Bedingungen" des Pfandvertrages angeführt werden, worunter jene Bestimmungen zu verstehen sein dürften, an deren Erfüllung den Parteien besonders gelegen ist, da dasjenige, was sich aus dem „Wesen" des Pfandvertrages ohnehin ergibt, gewiß nicht erst aufgezeichnet zu werden braucht.

2) Der §. 1369 bezeichnet den Pfandvertrag als einen zweiseitig verbindlichen. Wir haben schon oben (S. 14 d. W.) bemerkt, daß unser Gesetzbuch die beiden Benennungen „einseitig und zweiseitig verbindlich"

und „unentgeltlich und entgeltlich" für gleichbedeutend nimmt (§. 864); es müßte demnach der Pfandvertrag zu den „entgeltlichen" Verträgen gehören, und in der That sucht Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 31) das Entgelt (die Gegenleistung) für die gewährte Sicherheit darin, „daß der Pfandnehmer dem Schuldner Credit gibt;" wir vermögen aber hierin keine Gegenleistung zu finden, da der Gläubiger nichts aus dem Seinigen verspricht; — überhaupt scheint uns aber die Ansicht Winiwarter's auf einer ganz irrigen Vorstellung zu beruhen; derselbe hält nämlich (und so auch Nippel, Erläut. Bd. 8. I. S. 316) in dem Pfandvertrage den Pfandgeber für den Verpflichteten, während Schuster (in seinen Beiträgen zur Hermeneutik 2c. in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1830, I. S. 237) — wie uns scheint, weit richtiger — den Pfandnehmer als den einzig Verpflichteten betrachtet, da der Pfandvertrag ein Realvertrag ist, also erst mit der Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger zu Stande kömmt, womit dieser verpflichtet wird, das Handpfand wohl zu verwahren und es dem Verpfänder, sobald er befriedigt worden, zurückzugeben. Wenn unser Gesetzbuch nichtsdestoweniger den Pfandvertrag für einen zweiseitig verbindlichen Vertrag erklärt, so kann dieß nur in dem Sinne der Fall sein, wie ältere Civilisten (z. B. Höpfner, Comment. §. 750) s. g. contractus bilaterales inaequales anerkennen, in welchen die von der einen Seite zufällig entstehenden Forderungen nicht durch die nach dem Contracte benannte Klage, sondern nur durch die allgemeinen, auf Schadenersatz gehenden Klagen verfolgt werden können *). Es ist nämlich allerdings richtig, daß auch den Pfandgeber eine Verpflichtung, u. z. zur Schadloshaltung treffen kann, wenn der Pfandnehmer entweder auf die verpfändete Sache zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen Kosten verwendet hat, oder wenn ihn der Pfandgeber schuldbarer Weise beschädiget hat; allein diese Verbindlichkeit entspringt nicht aus einem vom Pfandgeber bei Eingehung des Pfandvertrages geleisteten Versprechen, sondern sie kömmt nur zufällig hinzu und kann demnach auf die Wesenheit des Vertrages von keinem Einfluße sein **). Wir glauben daher, daß das Gesetz den Pfandvertrag nur im uneigentlichen Sinne als einen zweiseitig verbindlichen bezeichnet, und daß mithin auch das Rechtsmittel der Gewährleistung (nach §. 922) und der Verletzung über die Hälfte (nach §. 934) nicht auf denselben anwendbar seien, womit auch Nippel und Winiwarter (a. a. O.) übereinstimmen.

3) Durch den Pfandvertrag wird der Besteller des Pfandes nicht persönlich verhaftet, sondern der Gläubiger erlangt nur das Recht, aus dem Pfande seine Befriedigung zu suchen (§§. 447 u. 461); der §. 1343 unterscheidet deßhalb zwischen der Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner und der Verpfändung ***). Der Pfandgeber kann deßhalb auch das beneficium ordinis oder excussionis nicht in Anspruch nehmen, welches der §. 1355 dem Bürgen einräumt, sondern es treten bezüglich der Geltendmachung des Pfandrechtes, so wie überhaupt hinsichtlich des zwischen

*) Vgl. Thibaut, a. a. O. §. 402.
**) Schuster, a. a. O. S. 244.
***) Schuster, a. a. O. S. 243.

dem Pfandgeber und Pfandnehmer obwaltenden Verhältnisses die Bestimmungen des VI. Hauptstückes des II. Theiles des a. b. G. B. in Wirksamkeit. Wohl aber kann auch der dritte Pfandbesteller von dem Rechte des §. 1358 Gebrauch machen, wenn er die fremde Schuld bezahlt hat.

§. 1371.

Alle der Natur des Pfand- und Darleihensvertrages entgegen stehende Bedingungen und Nebenverträge sind ungiltig. Dahin gehören die Verabredungen: daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandstück dem Gläubiger zufalle; daß er es nach Willkühr, oder in einem schon im Voraus bestimmten Preise veräußern, oder für sich behalten könne; daß der Schuldner das Pfand niemals einlösen, oder ein liegendes Gut keinem anderen verschreiben, oder daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe. Unerlaubte Bedingungen.

1) Der vorstehende Paragraph erklärt nicht nur alle der Natur des Pfand-, sondern auch des Darleihensvertrages entgegenstehenden Bedingungen und Nebenverträge für ungiltig, weil der Pfandvertrag am häufigsten einem Darleihensvertrage beigefügt und auf diese Weise zur Umgehung des Wuchergesetzes mißbraucht wird. Nichts desto weniger kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch jene Verabredungen für ungiltig anzusehen sind, welche der Natur eines andern Vertrages, zu dessen Befestigung eben das Pfand bestellt wurde, widerstreiten. Welche Bedingungen und Nebenverträge als solche zu betrachten seien, muß aus den in jedem einzelnen Falle obwaltenden Umständen entnommen werden; das Gesetz liefert im Verlaufe des §. 1371 keine erschöpfende Aufzählung der unwirksamen Nebenbestimmungen, sondern führt bloß einige der gewöhnlichsten Beispiele derselben auf.

2) Hierunter gehört a) zuvörderst das s. g. pactum commissorium, vermöge dessen das Pfand dem Gläubiger, im Falle unterbleibender Zahlung ohne Verkauf zufallen soll, weil die Pfandsache meistens mehr werth ist, als die Forderung, für welche sie verpfändet wurde, beträgt *). — Aus gleichem Grunde einer zu befürchtenden Bedrückung des Schuldners ist auch die weitere Verabredung b), daß der Gläubiger nach der Verfallzeit das Pfandstück um einen willkührlichen, oder c) um einen schon im Voraus bestimmten Preis veräußern, oder für sich behalten könne, als wirkungslos und im §. 10 des Pat. v. 2. December 1803 als Wucher in den Bedingungen erklärt. Dagegen würde giltig verabredet werden

---

*) Deßhalb hatte schon Constantinus (in der const. ult. Cod. de pact. pign. et de lege commissoria in pignoribus rescindenda [8, 35]) die lex commissoria abgeschafft. — Ein gleiches Verbot enthält die Pol.-Ordg. v. J. 1577, Tit. 20, §. 5, und im §. 10 des Pat. v. 2. December 1803 wird es als ein Wucher in den Bedingungen erklärt, wenn verabredet wird, daß nach der Verfallzeit der Forderung das Pfandstück dem Gläubiger heimfalle.

können, daß die Pfandsache um einen erst später durch Schätzung zu ermittelnden Preis dem Gläubiger zufallen, oder von ihm außer dem Wege der öffentlichen Feilbietung hindangegeben werden solle *). d) Die Uebereinkunft, daß der Schuldner das Pfand niemals einlösen solle, wird deßhalb für ungiltig erachtet, weil sie eine, der Natur des Pfandvertrages widerstreitende Eigenthumsübertragung involvirt und e) der Vertrag, daß der Schuldner ein liegendes Gut keinem andern verschreiben dürfe, deßhalb, weil eine solche Beschränkung dem Gläubiger, dem ohnehin die Priorität vor den später eingetragenen Hypothekarforderungen zukömmt, keinen Vortheil gewährt, den Schuldner dagegen in der Gebarung mit seinem Eigenthum wesentlich hindert. f) Die Verabredung, daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe, wird endlich gleichfalls nicht geachtet, weil dadurch demselben ein wesentliches, im §. 461 begründetes Recht entzogen würde **). Daß in dem Falle, als die zum Pfande gegebene Sache keinen Verkaufswerth hat (wie z. B. Diplome, Pässe, Zeugnisse u. dgl.), kein eigentliches Pfandrecht, sondern nur eine Art von Retentionsrecht begründet werde, ist schon Bd. 2, S. 3 d. W. erwähnt worden ***). Ebenso erhellet aus §§. 457 u. 632, daß die Früchte eines Gutes abgesondert von der Substanz desselben verpfändet werden können, in welchem Falle dem Gläubiger allerdings das Recht nicht (wenigstens nicht aus dem Pfandvertrage) zusteht, auf die Veräußerung des Stammgutes zu dringen.

§. 1372.

Der Nebenvertrag, daß dem Gläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen solle, ist ohne rechtliche Wirkung. Ist dem Gläubiger der bloße Gebrauch eines beweglichen Pfandstückes eingeräumt worden (§. 459), so muß diese Benützung auf eine dem Schuldner unschädliche Art geschehen.

1) Würde dem Pfandnehmer der Verbrauch (die Verzehrung) der als Pfand gegebenen Sache zugestanden, so müßte dieß ebenfalls als eine, der Natur des Pfandvertrages widerstrebende Bedingung angesehen werden †), dagegen kann die bloße Ueberlassung des Gebrauches der

---

*) Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtionis possideat rem, justo pretio tunc aestimandam, hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antonius rescripserunt. fr. 16. §. 9. Dig. de pign. (20, 1).

**) Vgl. auch fr. 4 u. 5 Dig. de pig. act. (13, 7).

***) Nippel (Erläut. Bd. 8. I. S. 327) meint, daß die in Frage stehende Bedingung giltig festgesetzt werden könne, wenn ein Dritter für den Schuldner ein Pfand bestellt. — Dieß mag immerhin zugestanden werden, allein der Vertrag, dem eine solche Bedingung beigerückt wird, hört dann sicherlich auf, ein Pfandvertrag zu sein, und verwandelt sich in einen unbenannten Vertrag, durch welchen Jemandem das Recht eingeräumt wird, eine bestimmte Sache bis zu seiner Befriedigung zurückzuhalten.

†) Vgl. den in der allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1857, Nr. 38, dargestellten

Pfandsache, mit oder ohne Bezug der Früchte derselben, an und für sich nicht als mit dem Pfandvertrage unvereinbar bezeichnet werden. In der That verfügt auch schon der §. 459, daß der Gläubiger nur nicht ohne Bewilligung des Pfandgebers das Pfandstück benützen (also z. B. den verpfändeten Ring tragen) dürfe, woraus a contrario gefolgert werden kann, daß es dem Verpfänder allerdings freistehe, dem Pfandnehmer eine solche Erlaubniß zu ertheilen. Nichts desto weniger unterscheidet unser Gesetz zwischen den verschiedenen Arten der Benützung. Geschieht diese nämlich ohne Bezug der Früchte (Gebrauch im engeren Sinne), so kann sie giltig verwilliget werden, und das Gesetz bestimmt nur zu Gunsten des Schuldners, daß dieser Gebrauch auf eine ihm unschädliche Art geschehen solle. — Würde aber dem Gläubiger zugleich der Bezug von Früchten (die Fruchtnießung), sei es unbeschränkt, sei es in einem auf sein Bedürfniß oder auf den Betrag der rechtlich erlaubten Zinsen oder sonst eingeschränkten Maße zugestanden, so ist eine solche Verabredung nach dem Eingange des §. 1372 ohne rechtliche Wirkung, weil daraus nur allzu leicht die weitläufigsten und verwickeltsten Streitigkeiten entstehen könnten *).

2) Nach dem ungarischen Rechte waren Verpfändungen von Liegenschaften und Gerechtsamen, durch welche dem Gläubiger der Besitz und die Fruchtnießung des verpfändeten Gutes überlassen wurde, statthaft. Der Pfandbesitzer konnte die volle Nutznießung anstatt der Interessen beziehen, wogegen dem Verpfänder sowohl als dessen Erben und Rechtsnachfolgern auch nach noch so langer Zeit das Einlösungsrecht zustand. Derlei Verpfändungen kommen nicht nur beim Adel, und in Bezug auf seine Besitzungen, sondern auch bei städtischen und anderen freien Liegenschaften, ja vor dem J. 1836 auch bei Bauerngründen vor **). Bei der Verpfändung adeliger Güter stand überdieß den erbberechtigten Nachkommen des ersten Erwerbers das bereits oben (S. 267 d. W.) erwähnte Vorkaufs- und Einstandsrecht zu. Die Erben des Verpfänders machten dasselbe nach dessen Tode mit der actio ad invalidationem conditionum pignoratitiarum, die Anwärter mit der actio ad transvestitionem conditionum pignoratitiarum geltend. — Derlei Verpfändungen wurden nun in Ansehung der nicht adeligen Liegenschaften bereits durch den §. 16 der prov. Vdg. v. 28. Decemb. 1849, vom 1. März 1850 an untersagt; späterhin verfügte aber der §. 19 des Pat. v. 29. November 1852 für Ungarn u. s. w. und des Pat. v. 29. Mai 1853 f. Siebenbürgen, daß die bisher üblichen

---

Rechtsfall und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 8. Jänner 1857, Z. 12782.

*) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 48. — Nach römischem Rechte war das s. g. pactum antichreticum, zu Folge dessen dem Pfandnehmer gestattet wurde, sich durch die Früchte der Pfandsache wegen der ihm gebührenden Zinsen zu entschädigen, allerdings statthaft (Thibaut, a. a. O. §. 347, Puchta, a. a. O. §. 320) und auch der §. 9 des Pat. v. 2. December 1803 erklärt es nur dann für Wucher in Zinsen, wenn durch den verwilligten Fruchtgenuß des Unterpfandes die rechtlichen Zinsen überschritten würden. — Vgl. auch das Hfd. v. 24. December 1816, Nr. 1305 der J. G. S.

**) Erläuterungen des a. h. Pat. v. 29. November 1852. Wien 1853, Seite 10.

Pfandverträge, Verkäufe der Liegenschaften auf Zeit (contractus pignoratitii, emtio venditio temporanea) mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte des Rückeinlösungsrechtes oder mit der Bedingung, daß dem Gläubiger statt der Zinsen die Nutznießung des verpfändeten Gutes überlassen werde, wenn sie nach der Wirksamkeit des a. b. G. B. geschlossen wurden, rechtsungiltig seien. Da ferner nach den Bestimmungen des älteren Rechtes die adeligen Güter auch im Executionswege nicht perennaliter veräußert werden konnten, sondern, wie es im J. 1836 festgesetzt wurde, der Meistbietende nur die Nutznießung derselben erwarb, wogegen es dem Executen oder dessen Rechtsnachfolgern freistand, diese Güter zu jeder Zeit wieder zurückzulösen, so erklärte der §. 20 der eben angeführten Patente, daß wer nach der Wirksamkeit des a. b. G. B. adelige Liegenschaften oder Gerechtsame im Wege executiver Feilbietung ersteht, das volle Eigenthum des erstandenen Gutes oder Rechtes in der Art erwerbe, daß das bisher üblich gewesene Wiedereinlösungsrecht des Schuldners und seiner Rechtsnachfolger nicht mehr ausgeübt werden kann.

Weiters dürfen aber auch nach §. 21 der o. a. Pat. gegen Pfandverträge, welche vor Veröffentlichung der a. b. G. B. abgeschlossen worden sind, kraft jener Ansprüche, welche nach den bisherigen Gesetzen und aus der Natur der ererbten Güter flossen, neue Processe zur Umstoßung oder Uebertragung der Pfandbedingungen (ad invalidationem conditionum pignoratitiarum, ad transvestitionem conditionum pignoratitiarum) nicht mehr erhoben werden.

Dagegen sollte das Recht der Wiedereinlösung der schon vor Einführung des a. b. G. B. vertragsmäßig verpfändeten Liegenschaften und Gerechtsamen dem Berechtigten nicht ganz entzogen werden; der a. h. Gesetzgeber fand es nur zweckmäßig, die Ausübung dieses Rechtes in einer angemessenen Weise zu regeln, was in den §§. 22—25 des o. a. Pat. geschah. — Nach §. 22 darf, wenn die ursprünglich bestimmte, oder bei einer späteren Aufzahlung oder aus anderem Anlasse verlängerte Pfand- oder Inscriptionszeit noch nicht verstrichen ist, die Wiedereinlösungsklage binnen Einem Jahre nach Ablauf der bestimmten Einlösungszeit angebracht werden. — Wenn aber bei Pfand- oder Inscriptionsverträgen keine Einlösungszeit festgesetzt wurde und von Abschließung oder von Verlängerung derselben gerechnet, die Frist von 32 Jahren bis zum Eintritte der Wirksamkeit des a. b. G. B. noch nicht verstrichen ist, so kann die Wiedereinlösungsklage binnen Einem Jahre nach Ablauf der Frist von 32 Jahren überreicht werden. Wenn endlich die bestimmte Einlösungszeit oder in Ermanglung einer bestimmten Einlösungszeit die Frist von 32 Jahren vor dem Eintritte der Wirksamkeit des a. b. G. B. abgelaufen ist, so kann das Wiedereinlösungsrecht nur dann und zwar nur binnen Einem Jahre nach dem Eintritte der Wirksamkeit des a. b. G. B. im Wege Rechtens eingeklagt werden, wenn seit dem Ablaufe der bestimmten Einlösungszeit und beziehungsweise der erwähnten Frist von 32 Jahren bis zum Eintritte der Wirksamkeit des a. b. G. B. nicht mehr als zehn Jahre verstrichen sind. — Wird das Einlösungsrecht binnen der oben angegebenen Fristen nicht ausgeübt, so ist dasselbe erloschen. Sind aber hinsichtlich der früher vertragsmäßig verpfändeten Liegenschaften und Gerechtsame, wie auch

zeitlicher Inscriptionen über die vertrags- oder inscriptionsmäßig sowohl ursprünglich festgesetzte, als später verlängerte Pfand- oder Inscriptionszeit, oder falls keine Einlösungszeit bestimmt wurde, seit Ablauf der Frist von 32 Jahren von der Abschließung des Pfand- oder Inscriptionsvertrages gerechnet bis zur Wirksamkeit des a. b. G. B. zehn Jahre verflossen, ohne daß in dem einen oder dem anderen Falle innerhalb dieser Frist der förmliche Proceß zur Einlösung des Pfandes eingeleitet worden wäre, so kann (nach §. 23 ebd.) von Seite des Verpfänders oder Inscribenten und seiner Rechtsnachfolger das Recht der Wiedereinlösung nicht mehr ausgeübt werden und der Besitzer der verpfändeten oder inscribirten Güter ist als voller Eigenthümer derselben anzusehen. — Hinsichtlich des dermal bestehenden gerichtlichen Pfandes auf adelige Liegenschaften oder Gerechtsame kann (nach §. 24 ebd.) das Recht der Wiedereinlösung, wenn seit der executiven Feilbietung oder wenn eine solche nicht stattfand, seit der executiven Pfändung bis zur Wirksamkeit des a. b. G. B. 32 Jahre noch nicht verstrichen sind, binnen Einem Jahre vom Beginne dieser Wirksamkeit im Wege Rechtens geltend gemacht werden. Nach Ablauf dieser Frist, so wie in dem Falle, wenn von den oberwähnten Zeitpunkten bis zur Wirksamkeit des a. b. G. B. 32 Jahre schon verflossen sind, ohne daß der Einlösungsproceß innerhalb dieser Frist eingeleitet worden wäre, ist das Recht der Wiedereinlösung erloschen.

Superinscriptionsprocesse und Processe ex superfluitate fundi dürfen (nach §. 25 ebd.) von dem Zeitpunkte der Wirksamkeit des a. b. G. B. an nicht mehr eingeleitet werden.

Wir bemerken hierzu, daß der Gläubiger eines über sein Vermögen Verschuldeten von einem Pfandgläubiger desselben Schuldners, wenn sein Pfand ein vertragsmäßiges oder richterliches war und im ersten Falle 5 Jahre vor Ausbruch des Concurses, im zweiten Falle aber vor dem Eintritte der Crida und nach vorgenommener Schätzung begründet worden, — fordern konnte, daß er seine (des Gläubigers) Forderung (onus) übernehme, in seine Pfandverschreibungen einschalte (superinscriptio), und sohin das Gut behalte, oder daß er dieses dem gedachten Gläubiger gegen Bezahlung der ihm (dem Pfandbesitzer) zustehenden Forderung ausfolge. Eben so konnte der Gläubiger, welcher zu beweisen im Stande war, daß ein Pfandgläubiger seines im Cridazustande befindlichen Schuldners in dem Pfande einen Fond besitze, der über seine Deckung an Capital und Zinsen hinausreicht (superfluitas fundi), diesen Pfandgläubiger zwingen, das überflüssige Pfand herauszugeben, oder aber, wenn er es behalten wollte, ihn (den klagenden Gläubiger) zu befriedigen.

§. 1373.

Wer verbunden ist, eine Sicherstellung zu leisten, muß diese Verbindlichkeit durch ein Handpfand, oder durch eine Hypothek erfüllen. Nur in dem Falle, daß er ein Pfand zu geben außer Stande ist, werden taugliche Bürgen angenommen. Auf welche Art in der Regel Sicherstellung zu leisten ist.

§. 1374.

Niemand ist schuldig, eine Sache, die zur Sicherstellung dienen soll, in einem höheren, als dem, bei Häusern auf die Hälfte, bei Grundstücken aber und bei beweglichen Gütern auf zwei Drittheile der Schätzung bestimmten Werthe zum Pfande anzunehmen. Wer ein angemessenes Vermögen besitzt, und in der Provinz belangt werden kann, ist ein tauglicher Bürge.

1) Die Verbindlichkeit zur Leistung einer Sicherstellung überhaupt kann aus einem zwischen den Parteien getroffenen Uebereinkommen, aus einer letztwilligen Anordnung, aus dem richterlichen Ausspruche (insbesondere bei der s. g. Execution zur Sicherstellung, worüber die processualischen Vorschriften das Nähere enthalten), endlich aus dem Gesetze entspringen. Fälle der letzteren Art sind in den §§. 237, 341, 343, 520, 692, 822, 834, 835, 890, 1245, 1260, 1364, 1365, 1428 enthalten. Ist nun über die Art der zu leistenden Sicherstellung nichts bestimmt, so verfügt das Gesetz, daß sie zuvörderst durch Pfand, und nur, wenn ein solches nicht bestellt werden könnte, im Wege der Bürgschaft zu leisten sei, weil das Pfand zur Verfallzeit sogleich realisirt und zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden kann, während die Geltendmachung der Bürgschaft doch immer nur auf Umwegen erfolgen kann.

2) Damit ein Pfand Sicherheit gewähre, muß nicht nur der muthmaßliche Werth desselben dem Betrage der zu deckenden Forderung gleichkommen, sondern es ist überdieß darauf Rücksicht zu nehmen, daß dieser Werth der Regel nach mit dem Laufe der Zeit abnimmt; deßhalb bestimmt das Gesetz im §. 1374, daß eine Sache, die zur Sicherheit dienen soll, nicht in ihrem ganzen Werthe, sondern nur in einem Theile desselben, dessen Größe sich nach der Beschaffenheit der Sache und der davon abhängigen Gefahr ihrer Verschlimmerung richtet, als Pfand anzunehmen sei. Welche Sachen übrigens zur Verpfändung geeignet, welche davon ausgeschlossen seien, ist Bd. 2, S. 2 d. W. erörtert worden, und wir können dießfalls die Ansicht Winiwarter's (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 41) nicht theilen, wenn er behauptet, daß unversicherte Forderungen in keinem Falle eine Sicherstellung gewähren, da sie gleich andern Sachen im Verkehre stehen und eben so der Schätzung fähig sind, bei welcher allerdings auf den Credit des betreffenden Schuldners Rücksicht genommen werden mag. — Wie die Schätzung vorzunehmen sei, ist in den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren in und außer Streitsachen enthalten (vgl. insbesondere auch Bd. 1, S. 533 d. W.); daß bei Ermittlung des zur Deckung bestimmten Werthbetrages die auf der Sache bereits haftenden Lasten voraus abzuziehen seien, versteht sich von selbst.

3) Als ein tauglicher Bürge ist derjenige anzusehen, der a) ein angemessenes Vermögen besitzt, worüber der Richter zu urtheilen hat,

und b) in der Provinz, wo der Gläubiger seinen Wohnsitz hat *), belangt werden kann, weil die Rechtsführung in einer entfernten Gegend immer mit namhaften Schwierigkeiten verbunden ist. Als Provinz ist nach Art. XIV des Pat. v. 29. Novemb. 1852 u. v. 29. Mai 1853 der Umfang je eines ganzen Kronlandes zu verstehen.

Zweites Hauptstück.

Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 1375.

Es hängt von dem Willen des Gläubigers und des Schuldners ab, ihre gegenseitigen willkührlichen Rechte und Verbindlichkeiten umzuändern. Die Umänderung kann ohne, oder mit Hinzukunft einer dritten Person und zwar entweder eines neuen Gläubigers, oder eines neuen Schuldners, geschehen. Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten;

1) Die Materien, welche unser Gesetzbuch unter dem Begriffe der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten zusammengefaßt hat, gehören eigentlich zwei verschiedenen Rechtsgebieten an. Man muß nämlich die Uebertragung eines Rechts von der Aufhebung desselben unterscheiden. In dem ersten Falle besteht das Recht an sich fort; es wechselt nur den Träger (wie bei der Cession §. 1392); im zweiten Falle dagegen erlischt das Recht in seinem objectiven Bestande; es geht nicht bloß der Person des Berechtigten gegenüber, sondern auch in objectiver Beziehung unter **). Von diesen Erlöschungsarten ist erst im nachfolgenden Hauptstücke die Rede; allein bei einigen derselben entsteht ein neues Recht zugleich mit der Aufhebung des Alten (wie bei der Novation, dem Vergleiche und der Assignation) und deßhalb fand man es für zweckmäßig, sie unter die Umänderungsarten der Rechte einzureihen. Der Gesetzgeber ging also vielmehr von nachstehender Anschauung aus: Bei jedem Rechtsverhältnisse kommen die Personen, zwischen denen es besteht, dann der Gegenstand und endlich der Rechtsgrund desselben in Betrachtung. Eine „Umänderung" im Sinne des Gesetzes greift sohin Platz, wenn in einem dieser Puncte ein Wechsel vor sich geht. Hiernach gliedern sich die Umänderungsarten in solche, die mit Hinzukunft einer dritten Person, und in solche, die ohne diese

---

*) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 52.
**) Unger, System d. öst. allg. Privatrechts. Bd. 2. I. S. 14.

Hinzukunft eintreten. Im ersten Falle kann wieder die Person des Gläubigers (bei der Cession) oder jene des Schuldners (bei der Assignation) gewechselt werden; im zweiten Falle trifft die Aenderung entweder den Gegenstand oder den Rechtsgrund der Forderung (Novation und Vergleich). Hiermit sind die verschiedenen Umänderungsfälle durchaus nicht erschöpft; so begründet z. B. die Veräußerung einer Sache unzweifelhaft die Uebertragung des Eigenthumsrechtes von dem Veräußerer auf den neuen Erwerber; allein das Gesetz hatte überhaupt, wie schon aus den Eingangsworten des §. 1375 erhellet, nur die Umänderung der persönlichen Sachenrechte (die Obligationen) vor Augen; von der Uebertragung der dinglichen Rechte ist in dem vorliegenden Hauptstücke überall nicht die Rede. Eben so wenig haben die Bestimmungen desselben auf die eigentlichen Personenrechte Anwendung, welche weder willkührlich übertragen, noch aufgehoben werden können (wie z. B. die Rechte eines Ehegatten, der Eltern gegen ihre Kinder u. dgl.).

2) Die Umänderung eines Rechtes kann bald durch den darauf gerichteten Willen der Parteien herbeigeführt werden, bald auch ohne oder wider denselben eintreten *); es ist daher auch in dieser Beziehung der Eingang des §. 1375 nicht buchstäblich zu nehmen.

§. 1376.

1) durch Novation;

Die Umänderung ohne Hinzukunft einer dritten Person findet Statt, wenn der Rechtsgrund, oder wenn der Hauptgegenstand einer Forderung verwechselt wird, folglich die alte Verbindlichkeit in eine neue übergeht.

§. 1377.

Eine solche Umänderung heißt Neuerungsvertrag (Novation). Vermöge dieses Vertrages hört die vorige Hauptverbindlichkeit auf, und die neue nimmt zugleich ihren Anfang.

1) Die Novation im engeren Sinne, d. i. die Umänderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses ohne Hinzukunft einer dritten Person, wird gemeiniglich in eine willkührliche (voluntaria) und eine nothwendige (necessaria) eingetheilt, je nachdem sie durch ein gegenseitiges Uebereinkommen der Parteien herbeigeführt wird, oder sich als die unwillkührliche Folge eines gewissen rechtlichen Actes (z. B. der Litiscontestation nach römischem Rechte) darstellt. Das Gesetz behandelt in den §§. 1376—1379 nur die erste Art der Novation, die durch einen Vertrag, den s. g. Neuerungsvertrag, zu Stande kömmt.

2) Sie hat eine doppelte Wirkung, nämlich die Aufhebung der alten Verbindlichkeit — daher sie auch unter die Erlöschungsarten der

---

*) So kann ohne Zweifel die Cession einer Forderung auch gegen den Willen des Schuldners (Cessus) vorgenommen werden.

Rechte und Verbindlichkeiten eingereiht werden kann*) — und die Entstehung einer neuen, die sich von der vorigen entweder durch den Rechtsgrund oder durch den Hauptgegenstand der Forderung unterscheidet, Eine Novation ist es also, wenn die bei Jemandem hinterlegte Sache demselben geliehen (§. 959), oder wenn ein Kaufschillingsrückstand dem Käufer als Darlehen belassen wird **). Ingleichen begründet die Ausstellung eines Wechsels zur Begleichung einer gemeinrechtlichen Forderung eine Novation dieser letzteren, da der Rechtsgrund derselben verändert wird ***). Außerdem ist auch eine Verwechslung des Hauptgegenstandes der Verbindlichkeit als eine Neuerung anzusehen. Was unter „Hauptgegenstand" zu verstehen sei, dürfte sich aus der, bei der Erläuterung der §§. 871 u. 872 (s. oben S. 29 d. W.) gegebenen Erklärung entnehmen lassen †). Eine Novation wird demnach vorhanden sein, wenn dem Legatare statt der vermachten Uhr ein Ring gegeben, oder wenn verabredet wird, statt des verkauften Getreides Wein zu liefern u. dgl.

3) Die Novation setzt — wie die Intercession nach §. 1351 — eine bestehende Verbindlichkeit voraus, welche durch die Constituirung einer neuen aufgehoben werden soll; war also eine solche überhaupt nicht vorhanden, oder war sie bereits früher erloschen, so ist auch der Neuerungsvertrag ungiltig. Nicht das Gleiche kann behauptet werden, wenn der novirten Forderung bloß das Klagerecht versagt war, und es scheint uns deßhalb irrig, wenn Ellinger (Comment. S. 518) der Meinung ist, daß eine Spielschuld nicht novirt werden könne ††). War die alte Verbindlichkeit nur eine bedingte, so ist es auch die Novation selbst, und der Ein-

*) Praeterea novatione tollitur obligatio. §. 3. Inst. quib. mod. oblig. toll. (3, 29).

**) Vgl. den in der allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1856, Nr. 69 mitgetheilten Rechtsfall und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 4. März 1856, Z. 1363.

***) S. die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Nr. 18 der allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1852, und in Nr. 20 ebd., J. 1857 (Entsch. v. 10. Decemb. 1856, Z. 11878).

†) Nippel (Erläut. Bd. 8. II. S. 5) meint, daß eine Erhöhung oder eine Erniedrigung des Kaufspreises nicht eine Veränderung in dem Hauptgegenstande, sondern nur in den Nebenbestimmungen sei, wogegen Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 48) behauptet, daß der bestimmte Kaufpreis zu dem Wesen des Vertrages gehöre, daher eine Veränderung desselben allerdings als eine Novation anzusehen sei. Wir verweisen dießfalls auf das oben S. 30 d. W. Gesagte.

††) Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu. Qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest. fr. 1. §. 1. Dig. de nov. (46, 2). Konnte die novirte Forderung durch eine Einwendung entkräftet werden, auf welche zu verzichten dem Berechtigten gestattet ist (z. B. die Einwendung der Verletzung über die Hälfte), so meint Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 47), daß sie durch die Neuerung eben anerkannt werde und daher ihre volle Rechtsbeständigkeit erhalte. Wir können dieß jedoch nur dann zugeben, wenn sich in der Abschließung des Neuerungsvertrages eine concludente Handlung darstellt (§. 863), aus welcher jenes Anerkenntniß und die Verzichtleistung auf die dem Novirenden zu Gebote stehende Einwendung gefolgert werden kann, wozu jedenfalls nothwendig ist, daß er um die ihm zu Statten kommende Einwendung gewußt habe.

tritt ihrer Wirksamkeit hängt von der Erfüllung der gesetzten Bedingung ab *).

4) Zur Novation gehört ferner die Absicht der Parteien, durch die Constituirung einer neuen Verbindlichkeit die alte zu tilgen (der animus novandi), sonst bestehen beide neben einander **). Doch braucht diese Absicht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann auch, da das Gesetz dießfalls nirgends eine Beschränkung enthält, aus den Umständen hervorleuchten (§. 863); keineswegs aber wird sie im Zweifel vermuthet, sondern die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann ***).

5) Endlich wird zur Giltigkeit des Neuerungsvertrages die Fähigkeit der Paciscenten erfordert, die aber nach allgemeinen Grundsätzen (§§. 865—868) zu beurtheilen kömmt. Wird von dem Gläubiger mit Einem unter mehreren Correalschuldnern eine Novation eingegangen, so werden dadurch auch die übrigen Mitschuldner befreit; und ebenso wirkt die von Einem unter mehreren Gläubigern mit dem gemeinsamen Schuldner unternommene Novation auch auf die übrigen Gläubiger (§. 893, vgl. oben S. 65 d. W.).

§. 1378.

Die mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Bürgschafts-, Pfand- und anderen Rechte erlöschen durch den Neuerungsvertrag, wenn die Theilnehmer nicht durch ein besonderes Einverständniß hierüber etwas Anderes festgesetzt haben.

1) Mit der Hauptverbindlichkeit erlöschen auch alle Accessorien derselben, und können daher ohne ein besonderes Uebereinkommen (s. unten Z. 3) nicht für die neue Verbindlichkeit in Anspruch genommen werden †). Hierher gehören die für die frühere Verbindlichkeit eingeräumten Faustpfänder oder Hypotheken, eine etwa bestellte Bürgschaft, die Zusicherung

*) . . . si quid sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, ne nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum exstiterit conditio. fr. 14. §. 1. Dig. l. c.

**) Omnes res transire in obligationem possunt. Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione, dummodo scimus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes. Fr. 2. Dig. l. c. — Vgl. auch fr. 8. §. 2 ebd.

***) Nach dem älteren römischen Rechte wurde der animus novandi in gewissen Fällen präsumirt; Justinian hat dagegen in der const. ult. Cod. de nov. (8, 42) die dießfalls bestandenen Controversen abgeschnitten und den Grundsatz aufgestellt, daß eine solche Präsumtion nicht Statt habe. Manche Civilisten glauben, daß sogar eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi vorgeschrieben sei. Vgl. Puchta, a. a. O. §. 291, Anmkg. h.

†) Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus et usurae non currunt. fr. 18. Dig. l. c.

eines Reugeldes oder eine Conventionalstrafe, die bedungenen Zinsen, das der Forderung anklebende Vorzugsrecht im Concurse der Gläubiger u. dgl. m.

2) Wollen die Parteien die mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Nebenbestimmungen fortbestehen lassen, beziehungsweise auf die neue Verbindlichkeit übertragen, so steht einem solchen Uebereinkommen nichts entgegen, in so fern nur dadurch die Rechte dritter Personen (z. B. eines dritten Pfandbestellers, eines Bürgen u. dgl.) nicht berührt werden. Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 46) scheint zwar der Ansicht, daß dieß nur dann gelte, wenn die dem Dritten obliegende Verbindlichkeit dadurch erschwert würde; dieser Auslegung scheint aber der bestimmte Wortlaut des §. 881 entgegenzustehen. Die Erlöschung der Hauptverbindlichkeit zieht nämlich der Natur der Sache zu Folge die Aufhebung aller damit verknüpften Nebenverbindlichkeiten nach sich, und der auf diese Weise befreite Intercedent kann wider seinen Willen nicht gezwungen werden, eine neue, wenn gleich auf die früheren Grenzen eingeschränkte Verbindlichkeit zu übernehmen. Eine andre Frage geht dahin, ob das der novirten Forderung eingeräumte Hypothekarrecht, ohne Zustimmung der nachfolgenden Tabulargläubiger auf die neue Forderung übertragen werden könne? Ritter v. Minasiewicz hat in seinem Aufsatze in der öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1843, I. S. 233, die verneinende Ansicht vertheidigt, wogegen sich Pawlowicz ebd. 1844, I. S. 318, für die bejahende Meinung ausspricht, mit der Beschränkung natürlich, daß die ursprüngliche Haftung nicht ausgedehnt werde; daher z. B. wenn der Hypotheksbesitzer mit dem Gläubiger übereinkommt, ihm 1000 Korez Erdäpfel statt der Zahlung von 1000 fl. abzuliefern, die nachfolgenden Tabulargläubiger sich einem solchen Uebereinkommen nur rücksichtlich des allfälligen Mehrwerthes der Kartoffeln widersetzen können. Diese letztere Ansicht scheint auch uns die richtige zu sein und wir haben die dafür sprechenden Gründe bereits Bd. 2, S. 131 u. 132 (Z. 15) d. W. entwickelt.

3) In der Natur der Novation scheint es gelegen zu sein, daß die Aufhebung der alten Verbindlichkeit durch die Entstehung der neuen bedingt erscheine; kommt also die letztere aus was immer für einem Grunde nicht zur Existenz, so bleibt die alte Verbindlichkeit sammt ihren Accessionen aufrecht *).

---

*) Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 47) bemerkt hierbei: „wären in einem solchen Falle die Bürgen oder Pfänder, mit welchen die alte Verbindlichkeit versichert war, unbedingt erlassen worden, so leben sie zwar mit der alten Verbindlichkeit nicht wieder auf, aber es scheint, daß nach der analogen Anwendung der Grundsätze über die Bezahlung einer Nichtschuld (§. 1431) auf die Wiederherstellung derselben gedrungen werden könnte." Wir haben hiergegen einzuwenden, daß die alte Verbindlichkeit nicht „wieder auflebt," sondern daß sie „aufrecht bleibt," daher wir der Meinung sind, daß auch die Nebenverbindlichkeiten nicht erst „wiederhergestellt" zu werden brauchen, sondern daß sie zu bestehen nicht aufgehört haben; sind sie aber „unbedingt erlassen" worden, so kann auch eine Wiederherstellung nicht begehrt werden, da der Grund ihrer Erlöschung dann nicht in der Novirung der Hauptverbindlichkeit, sondern in dem Erlasse gelegen ist, dessen Giltigkeit und Wirksamkeit für sich beurtheilt werden muß. Daß übrigens das Pfandrecht allerdings verloren

§. 1379.

Die näheren Bestimmungen, wo, wann und wie eine schon vorhandene Verbindlichkeit erfüllet werden soll, und andere Nebenbestimmungen, wodurch in Rücksicht auf den Hauptgegenstand oder Rechtsgrund keine Umänderung geschieht, sind eben so wenig als ein Neuerungsvertrag anzusehen, als die bloße Ausstellung eines neuen Schuldscheines, oder einer anderen dahin gehörigen Urkunde. Auch kann eine solche Abänderung in den Nebenbestimmungen einem Dritten, welcher derselbe nicht beigezogen worden ist, keine neue Last auflegen. Im Zweifel wird die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöset gehalten, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann.

1) Aus dem Begriffe der Novation ergibt sich schon, daß Veränderungen, welche bloß die Nebenbestimmungen (s. oben S. 607), nicht aber den Hauptgegenstand oder den Rechtsgrund einer Verbindlichkeit betreffen, nicht als eine Neuerung im Sinne des §. 1377 anzusehen sind; sie üben daher auch auf die unberührt gebliebenen Accessionen der Hauptverbindlichkeit keinen Einfluß; doch tritt hier in so ferne eine Beschränkung ein, als dadurch dritten Personen keine neue Last auferlegt werden darf. Hätte sich demnach Jemand, z. B. für ein zu 4 Percent verzinsliches Darleihen verbürgt, und wäre der Schuldner später mit dem Gläubiger übereingekommen, ihm die Darlehenssumme zu 5 Percent zu verzinsen, so könnte doch die Haftung des Bürgen ohne seine Einwilligung nicht erweitert werden; er würde also nach wie vor nur für die 4percentigen Zinsen zu haften haben. Hierauf beziehen sich auch die bereits oben (S. 583) erörterte Verfügungen der §§. 1353, 1360, 1364 u. 1365.

2) Noch weniger ist eine Novation vorhanden, wenn über eine schon bestehende Verbindlichkeit erst später eine Urkunde ausgefertigt, oder die schon ausgestellte nur erneuert wird; denn Urkunden sind bloß Beweismittel einer Forderung, welche dadurch bescheiniget, aber nicht begründet wird *).

3) Keinem Zweifel dürfte es endlich, wie Nippel (Erläut. Bd. 8. II. S. 10) bemerkt, unterliegen, daß die Contrahenten bei Veränderungen, die sie in den Nebenbestimmungen treffen, durch wechselseitiges Einverständniß die vorige Hauptverbindlichkeit aufheben, und eine neue, obgleich

---

gehen könne, wenn die Pfandsache auf Grundlage der (später für ungiltig erkannten) Novation dem Eigenthümer zurückgestellt wurde, ist begreiflich (vgl. Bd. 2, S. 109 u. 117 d. W.).

*) Dieß ist Regel; Ausnahmen treten allerdings ein, z. B. beim Wechsel, wo die Ausstellung der Urkunde den Verpflichtungsgrund bildet. Mit Recht verfügt daher der Art. 66 d. W. O. v. 1. Mai 1850, daß verschiedene Exemplare eines Wechsels im Contexte ausdrücklich als Prima, Secunda, Tertia u. s. w. bezeichnet werden müssen, widrigenfalls jedes Exemplar als ein für sich bestehender Wechsel erachtet würde.

wesentlich davon nicht verschiedene Verbindlichkeit an ihre Stelle setzen können; denn das Gesetz erklärt wohl die in dem Rechtsgrunde oder dem Hauptgegenstande vorgenommene Veränderung als eine Novation, schließt aber dagegen nicht aus, daß die Parteien auch sonst durch gegenseitiges Einverständniß eine bestehende Verbindlichkeit aufheben und eine neue an deren Stelle setzen. Auch in diesem Falle würden, wenn nichts Besonderes verabredet wurde, die Accessionen der früheren Hauptverbindlichkeit mit derselben erlöschen; doch könnten sie hier, auch ohne die ausdrückliche Zustimmung fremder Theilnehmer (Bürgen u. dgl.) die Nebenrechte in Wirksamkeit erhalten, weil die Aufhebung der vorigen Verbindlichkeit nicht eine nothwendige Folge der in den Nebenbestimmungen getroffenen Neuerung, sondern nur die des erklärten Willens des Contrahenten ist, und es daher lediglich von ihrer Erklärung abhängt, in wie weit sie die vorige Hauptverbindlichkeit als aufgehoben angesehen wissen wollen *).

4) Wir haben schon oben (S. 606) bemerkt, daß es außer der novatio voluntaria, von welcher die §§. 1376—1379 handeln, auch eine novatio **necessaria** gebe, und es kömmt hier am schicklichsten die Frage zu erörtern, ob durch den richterlichen **Ausspruch** eine Novation herbeigeführt werde? Dieß scheint uns nun allerdings der Fall zu sein. Wie bereits Bd. 1, S. 104 d. W. hervorgehoben wurde, muß ein in Rechtskraft erwachsener richterlicher Ausspruch fortan als unumstößliche Wahrheit angenommen werden; er begründet unter den Parteien **formales** Recht. Bei der sohinigen Geltendmachung desselben wird nicht mehr auf den ursprünglichen Rechtsgrund zurückgegangen, sondern lediglich der **Ausspruch des Richters**, wie er vorliegt, zur Grundlage genommen. Weil dieser dem Verurtheilten eine gewisse Leistung auferlegt, kann dieselbe in Anspruch genommen werden, und es kommt dabei nicht weiter in Frage, ob dieser Anspruch wirklich schon früher bestanden habe oder nicht; zufolge einer Rechtsfiction, die sich als ein nothwendiges Postulat der Justizpolitik darstellt, um endlose Proceßführungen zu vermeiden, muß angenommen werden, daß das durch den richterlichen Ausspruch zuerkannte Recht schon früher bestanden habe — res judicata pro veritate accipitur. — Da nun für die Zukunft eben die in Frage stehende richterliche Entscheidung den **Rechtsgrund** der Forderung abgibt, eine Umänderung im Rechtsgrunde aber nach §. 1376 eine Neuerung begründet, so scheint es nur eine nothwendige Consequenz zu sein, daß man auch in dem **Ausspruche des Richters** eine Novation erkenne, was allerdings, besonders hinsichtlich der Frage der Verjährung (worauf wir zurückkommen werden) von großer praktischer Bedeutung ist **).

---

*) **Nippel**, a. a. O. S. 10.

) Vgl. Ritter v. **Minasiewicz: Beantwortung der Frage, ob durch das gerichtliche Urtheil der Titel der zuerkannten Forderung verändert werde? (öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1837, I. S. 220) und weitere Bemerkungen zu diesem Aufsatze ebd. 1838, II. S. 122. — Die entgegengesetzte Ansicht vertheidiget Dr. **Weißel** ebd. 1837, II. S. 12. — Nach **römischem** Rechte begründet das richterliche Urtheil unzweifelhaft eine s. g. novatio necessaria (s. **Puchta**, a. a. O. §. 292), was ebenfalls zu Gunsten der von uns vertheidigten Ansicht sprechen dürfte.

§. 1380.

3) Vergleich.

Ein Neuerungsvertrag, durch welchen streitige oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, daß jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu thun, oder zu unterlassen verbindet, heißt Vergleich. Der Vergleich gehört zu den zweiseitig verbindlichen Verträgen, und wird nach eben denselben Grundsätzen beurtheilet.

§. 1381.

Wer dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung ein unstreitiges oder zweifelhaftes Recht unentgeltlich erläßt, macht eine Schenkung (§. 939).

1) Eine eigenthümliche Art des Neuerungsvertrages ist der Vergleich (transactio), durch welchen ein streitiges oder sonst ungewisses Rechtsverhältniß in ein gewisses umgewandelt wird; auch hier erlischt die vorige Verbindlichkeit und eine neue (die durch den Vergleich festgestellte) nimmt ihren Anfang, und es tritt, eben so wie bei dem richterlichen Ausspruche, eine Aenderung in dem Rechtsgrunde ein, da der Berechtigte bei der Geltendmachung seiner, im Vergleichswege ihm eingeräumten Ansprüche nicht mehr auf den ursprünglichen Rechtstitel zurückzugreifen braucht, sondern sich lediglich auf den im Mittel liegenden Vergleich bezieht *).

2) Gegenstand des Vergleiches sind streitige oder zweifelhafte Rechte, also jedenfalls etwas Ungewisses **). Wer dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung ein unstreitiges (unzweifelhaftes) Recht unentgeltlich erläßt, macht eine Schenkung (§. 939), wer es ihm entgeltlich erläßt, schließt einen andern (ungenannten) Vertrag, aber keinen Vergleich. Streitig ist übrigens nicht nur jenes Recht, über das bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, sondern auch dasjenige, welches von dem Verpflichteten ganz oder zum Theile geläugnet oder thatsächlich vorenthalten wird. Zweifelhaft ist ein Recht, von dem es ungewiß ist, ob man überhaupt zu dessen Ausübung gelangen, oder durch welchen Zeitraum man es genießen werde, das also von einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung, von einem beigerückten Zeitpunkte abhängig ist u. dgl. Nach römischem Rechte konnte über ein rechtskräftiges, den Parteien bekannt gewordenes Urtheil, eben weil dabei nichts mehr streitig oder zweifelhaft ist, kein Vergleich

---

*) Wir können daher schon aus diesem Grunde der Ansicht Schuster's nicht beipflichten, wenn er (in seinen Beiträgen zur Hermeneutik des öst. Privatrechts: öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1830, I. S. 313) behauptet, daß der Vergleich nicht in allen Fällen als ein Neuerungsvertrag anzusehen sei — eine Behauptung, die auch schon Nippel (Erläut. Bd. 8. II. S. 16) mit anderen Gründen zu widerlegen versucht hat.

**) Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. fr. 1. Dig. l. c. (2, 15).

abgeschlossen werden *), und dieß scheint auch nach österreichischem Rechte zu gelten, wiewohl man im gemeinen Leben auch solche Verträge, deren Gegenstand ein rechtskräftig zuerkanntes (und im obigen Sinne unzweifelhaftes) Recht ist, mit dem Namen eines Vergleiches zu bezeichnen pflegt, und selbst mehrere, auf die österr. Gerichtsordnungen sich beziehende Vorschriften diese Ausdrucksweise angenommen haben. Wenn demnach Jemand z. B. wegen einer Schuld gerichtlich belangt wird, vor Gericht die Schuld eingesteht, und mit dem Kläger dann einen Vertrag schließt, worin er sich binnen eines bestimmten Termines, allenfalls auch in Raten, zu zahlen verpflichtet, so kann dieser Vertrag unseres Erachtens nicht ein Vergleich genannt werden **), er begründet keine Neuerung, sondern erscheint vielmehr nur als eine Befestigung der schon bestehenden Verbindlichkeit. — Welche zweifelhafte Fälle aus anderen Gründen durch Vergleich nicht beigelegt werden dürfen, ist in den später zu erörternden §§. 1382—1384 enthalten.

3) Zur Wesenheit des Vergleiches gehört ferner, daß jede Partei sich zu einer Leistung, zu einem Geben, Thun oder Unterlassen bereit findet, und so die streitigen oder zweifelhaften Ansprüche bestimmt werden ***). Kein Vergleich ist es also, wenn Jemand das streitige oder zweifelhafte Recht des Andern in dem vollen, von diesem behaupteten Umfange anerkennt, ohne seinerseits dafür etwas zu erlangen, oder wenn der Berechtigte dem Verpflichteten ein streitiges oder zweifelhaftes Recht unentgeltlich erläßt. Geschieht dieß mit Einwilligung des Verpflichteten, so wird dadurch eine Schenkung begründet (§§. 1381 u. 939); geschieht es ohne dessen Zustimmung, so ist ein einseitiger Act der Entsagung vorhanden, von dessen Wirkung bei §. 1444 die Rede sein wird.

4) Aus dem Gesagten folgt, daß der Vergleich, wie der §. 1380 noch überdieß in seinem Schlußsatze ausdrücklich hervorhebt, zu den zweiseitig verbindlichen Geschäften gehöre, und nach den für diese Gattung von Geschäften aufgestellten Grundsätzen beurtheilt werden müsse. Dr. Mich. Schuster (in seinen Beiträgen zur Hermeneutik des österr. Privatrechts; österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1830, I. S. 313) meint, der Vergleich werde oft auch nur einseitig verbindlich geschlossen, wenn nämlich der Gläubiger von der angesprochenen Forderung nur einen Theil dem Schuldner erläßt, und sich zu keiner weiteren Leistung verbindlich macht; aus einem solchen Vergleiche werde zwar auch der Gläubiger in so ferne verpflichtet, als er den nachgesehenen Betrag nicht mehr anzusprechen berechtiget ist; allein dadurch werde für den Schuldner noch kein Klagerecht, sondern nur eine Einwendung für den Fall begründet, wenn er auf den ganzen Betrag belangt würde, es mangle daher der wesentliche Charakter eines zweiseitig verbindlichen Vertrages, nämlich eine beiden Theilen zustehende Klage. —

---

*) Si post rem judicatam quis transegerit, et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti; hoc enim Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. fr. 23. §. 1. Dig. de cond. indeb. (12, 6). — Vgl. auch fr. 7. pr. u. fr. 11. Dig. de trans. (2, 15).

**) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 19. — Anderer Meinung ist Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 51.

***) Transactio nullo dato, vel retento, vel promisso minime procedit. Const. 38. Cod. de trans. (2, 4).

Allein schon Nippel hat (in seinen Erläut. Bd. 8. II. S. 20) diese, allerdings höchst scharfsinnigen Bemerkungen Schuster's zu widerlegen versucht. Er hebt, wie uns scheint, mit Recht hervor, daß die Aufhebung einer Verbindlichkeit eben so gut eine Erweiterung der Rechtssphäre eines Menschen herbeiführe, als die Einräumung eines neuen Rechtes, daß also der Vertrag, in welchem der Gläubiger die Ausführung eines ihm gegen den Schuldner zustehenden Rechtes zu unterlassen verspricht (§. 861), allerdings ein entgeltlicher sei, wenn der Schuldner seinerseits sich zu einer Gegenleistung herbeiläßt, was eben beim Vergleiche der Fall ist.

5) Den entgeltlichen Verträgen sind bekanntlich die beiden Rechtsmittel der Gewährleistung und der Verletzung über die Hälfte eigenthümlich; das letztere hat nach §. 1386 bei dem Vergleiche nicht statt, wohl aber kann bei demselben der Fall der Gewährleistung eintreten, wenn nämlich ein Transigent dem andern für die Verzichtleistung auf den Anspruch, den er auf den Streitgegenstand zu machen hätte, eine Sache als Eigenthum überläßt, die von einem Dritten evincirt wird, oder mit solchen Mängeln behaftet ist, wie sie der §. 923 voraussetzt. Wird dagegen das dem einen Transigenten in Händen bleibende Vergleichsobject von einem Dritten in Anspruch genommen, so findet eine Gewährleistung nicht statt, weil diese nur dann Platz greift, wenn eine Sache einem Andern überlassen, nicht wenn bloß ein Anspruch auf dieselbe aufgegeben wurde. Die Eviction muß hier von dem Transigenten als ein Zufall betrachtet werden, der sich in seinem Eigenthume ereignet hat *). Zweifelhafter ist die Frage, ob auch derjenige, der zu Folge des Vergleiches den angesprochenen Gegenstand dem Andern gegen Entgelt überläßt, im Falle der Eviction von Seite eines Dritten Gewähr zu leisten habe? Dieselbe scheint jedoch gleichfalls verneinend beantwortet werden zu müssen **), denn auch in diesem Falle findet nicht die Uebertragung des Eigenthums einer Sache, wie sie doch der §. 922 voraussetzt, sondern nur die Einräumung des Besitzes der von dem Gegentheile ohnehin als sein Eigenthum in Anspruch genommenen Sache, also streng genommen auch bloß die Aufgebung eines Rechtes statt.

§. 1382.

Ungiltigkeit eines Vergleiches in Rücksicht des Gegenstandes;

Es gibt zweifelhafte Fälle, welche durch einen Vergleich nicht beigelegt werden dürfen. Dahin gehört der zwischen Eheleuten über die Gültigkeit ihrer Ehe entstandene Streit. Diesen kann nur der durch das Gesetz bestimmte Gerichtsstand entscheiden.

---

*) Nippel, in seinem Aufsatze in der öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1825. II. S. 137: in wiefern tritt nach dem a. b. G. B. der Fall der Gewährleistung bei Vergleichen ein und welche Wirkung hat die Vindication des Vergleichsgegenstandes durch einen Dritten.

**) Nippel, a. a. O. und Erläut. Bd. 8, II. S. 26. — Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 57.

1) Schon der §. 93 des b. G. B. verfügt, daß es den Ehegatten nicht gestattet ist, die eheliche Verbindung, auch wenn sie darüber einig wären, eigenmächtig aufzuheben, sie mögen nun die Ungiltigkeit der Ehe behaupten, oder die Trennung der Ehe, oder auch nur eine Scheidung von Tisch und Bett vornehmen wollen; diese Bestimmung ist denn auch in den §. 41 des Pat. v. 8. October 1856 übergegangen und die Gründe derselben sind bereits Bd. 1, S. 305 d. W. entwickelt worden. Eine Folge dieses Principes ist es, daß über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Ehe nur von dem durch das Gesetz dazu bestimmten Gerichtsstande unter Beobachtung des insbesondere dießfalls vorgeschriebenen Verfahrens entschieden werden kann. Den Ehegatten ist es demnach in keiner Weise gestattet, sich auf die Ungiltigkeit ihrer Ehe zu vergleichen, da dieß nur ein Mittel wäre, um sich ohne hinreichende Gründe von dem Bande einer lästig gewordenen Ehe loszumachen. Aber auch ein Vergleich auf die Giltigkeit einer Ehe ist nicht statthaft, wenn es sich um ein Hinderniß des öffentlichen Rechtes (s. Bd. 1, S. 200 d. W.), oder bei einem Privathindernisse um das Bestreitungsrecht dritter Personen (z. B. des Vaters oder Vormundes) handelt; wohl aber dürfte ein Ehegatte, in so weit er überhaupt befugt ist, seinem Rechte auf Bestreitung der Ehe zu entsagen, dieß auch im Vergleichswege zu thun im Stande sein (s. Bd. 1, S. 329 d. W.).

2) Auch die Trennung einer Ehe kann, wie aus §. 93 hervorgeht, bei Katholiken und Israeliten nicht durch einen Vergleich herbeigeführt werden; sondern es ist dabei ebenfalls das im Gesetze vorgezeichnete Verfahren genau einzuhalten und der obwaltende Trennungsgrund (selbst jener der unüberwindlichen Abneigung nach §. 115) streng zu erweisen. Dagegen dürfte kein Anstand obwalten, bei eingeleitetem Trennungsprocesse einen Vergleich zuzulassen, durch welchen die Fortsetzung der Ehe herbeigeführt, also von dem Trennungsbegehren wieder abgegangen werden soll, da hier nicht gleiche Gründe wie bei der Frage der Ungiltigkeit wegen eines öffentlichen Hindernisses gegen die Statthaftigkeit eines solchen Vergleiches sprechen. Das nach §. 133 allerdings statthafte Uebereinkommen zwischen jüdischen Gatten, ihre Ehe zu trennen, kann nur im uneigentlichen Sinne ein Vergleich genannt werden, und ist jedenfalls in seiner Durchführung an die Formalitäten der §§. 133 u. 134 gebunden.

3) Rücksichtlich der Frage, ob hinsichtlich der Scheidung von Tisch und Bett ein Vergleich zulässig sei, dürfte gegenwärtig zwischen den Ehen der Katholiken einerseits und jenen der Akatholiken und Israeliten andererseits zu unterscheiden sein. Nach dem neuen Ehegesetze ist nunmehr eine einverständliche Scheidung nur mehr zum Zwecke des Eintrittes in einen von dem heiligen Stuhle gutgeheißenen Orden, oder in den geistlichen Stand zulässig (§. 206 des Anh. II. z. Pat. v. 8. Octob. 1856), in allen übrigen Fällen muß der Ehegatte, welcher rechtmäßige Gründe zur Scheidung von Tisch und Bett zu haben glaubt, seine Klage bei dem katholischen Ehegerichte anbringen (§. 59 des Anh. I. ebd.), und dieses hat nur nach vorausgegangener Verhandlung (wofür die Bestimmungen in den §§. 211—243 des Anh. II. ebd. enthalten sind) zu erkennen; es dürfte demnach ein Vergleich zur Beilegung des Ehescheidungsprocesses nur in so weit zulässig sein, als dadurch eben wieder die eheliche Gemeinschaft

aufrecht erhalten werden wollte. Bezüglich der Akatholiken und Israeliten dagegen bestehen noch die Anordnungen des Gesetzes vom 23. August 1819 und des §. 666 der ungar. C. P. O. in Wirksamkeit, vermöge welcher der Richter sogar zu dem Versuche verpflichtet ist, die Streitigkeiten solcher Eheleute durch einen gütlichen Vergleich dahin beizulegen, daß entweder das Scheidungsgesuch freiwillig zurückgenommen, oder die aus vollgiltigen Gründen verlangte Scheidung von dem andern Theile ohne rechtliches Erkenntniß bewilligt werde (vgl. Bd. 1, S. 344 dieses Werkes).

4) Die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Ehe könnte übrigens dann den Gegenstand eines Vergleiches bilden, wenn der Streit darüber nicht zwischen den Ehegatten, sondern zwischen andern Personen obwaltete, wenn es sich also nicht um die Aufhebung der Ehe selbst, sondern um anderweitige Ansprüche handelte, die von dem Bestande oder Nichtbestande der Ehe abhängig sind, wie wenn z. B. A unter der Bedingung zum Erben eingesetzt wäre, daß B unverehelicht stirbt, und nun nach dem Tode des B in Zweifel gezogen würde, ob die von ihm eingegangene Ehe giltig war; in diesem Falle wird natürlicher Weise die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der in Frage stehenden Ehe nur in Beziehung auf den durch Vergleich beigelegten Streit anerkannt, keineswegs aber überhaupt außer Zweifel gesetzt *).

5) Daß die Streitigkeiten, welche bei der Ungiltigkeitserklärung, Scheidung oder Trennung einer Ehe über die Vermögensansprüche der Parteien entstehen, durch Vergleich entschieden werden können, unterliegt keinem Zweifel, ja wir haben vielmehr am zukömmlichen Orte gesehen, daß das Gesetz darauf bedacht ist, so weit als möglich eine gütliche Beilegung derselben, sogar mit Hilfe des Richters, herbeizuführen **).

§. 1383.

Ueber den Inhalt einer letzten Anordnung kann vor deren Bekanntmachung kein Vergleich errichtet werden. Die hierüber entstandene Wette wird nach den Grundsätzen von Glücksverträgen verurtheilt.

1) Das fr. 6 der Dig. de transact. (2, 15) enthält die bekannte Verfügung: De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, welche in den vorstehenden Paragraphen unseres b. G. B. übergegangen ist. Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 68) führt als Grund derselben an, daß über den echten Inhalt einer letzten Anordnung vor deren Bekanntmachung vernünftiger Weise noch nicht gestritten, durch die Bekanntmachung aber wahrscheinlich dem Streite vorgebeugt werden kann, und weil die Gestaltung eines solchen Vergleiches gewöhnlich

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5. S. 53.

**) Vgl. insbesondere die §§. 108, 117, 1264 u. 1266 des a. b. G. B. und §§. 63 u. 64 des Anh. I zum Pat. v. 8. October 1856.

von listigen und habgierigen Erbschleichern mißbraucht wird, um leichtsinnige oder schwache und ängstliche Erben oder Vermächtnißnehmer durch falsche Nachrichten zu einem nachtheiligen Vergleiche zu bewegen und gegen den Willen des Erblassers mit einer geringeren Summe abzufertigen.

2) Bei der bestimmten Anordnung des Gesetzes scheint ein solcher Vergleich auch dann ungiltig zu sein, wenn die Parteien vor der Bekanntmachung des letzten Willens auf anderweitigem Wege (z. B. durch die Mittheilung der zugezogenen Zeugen) von dem Inhalte desselben Kenntniß hatten, da es ja (höchst seltene Fälle abgerechnet) dem Erblasser immer noch möglich war, eine Aenderung in seiner Erklärung vorzunehmen, so daß es sich vor eingetretener Publication kaum jemals mit Gewißheit behaupten läßt, welchen Inhaltes die letztwillige Verfügung sei. Dagegen dürfte umgekehrt ein nach erfolgter Kundmachung abgeschlossener Vergleich deßhalb nicht angefochten werden, weil ein oder der andere Theil ungeachtet derselben von dem Inhalte des Testamentes oder Codicilles erwiesenermaßen keine Kenntniß hatte, da es nur an ihm lag, sich diese Kenntniß zu verschaffen *).

3) Da der Vergleich eine, wenigstens theilweise Veräußerung des Vergleichsobjectes in sich enthält, die Veräußerung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, die man von einer dritten Person hofft, bei deren Lebzeiten aber nach §. 879, Z. 4, untersagt ist, so dürfte auch ein bei Lebzeiten des Erblassers über den Inhalt seiner letzten Anordnung abgeschlossener Vergleich als ungiltig erscheinen.

4) Dagegen kann eine Wette, die gerade ein ungewisses, oder wenigstens den Parteien noch unbekanntes Ereigniß voraussetzt, über den Umstand, ob Jemand überhaupt einen letzten Willen errichtet hat oder nicht, so wie über den Inhalt desselben allerdings abgeschlossen werden, doch kommen hierüber keine besonderen Grundsätze zur Anwendung.

5) Ein, selbst nach erfolgter Bekanntmachung eines letzten Willens abgeschlossener Vergleich wirkt zwar unter den Transigenten, kann aber den Rechten anderer, dabei nicht betheiligter Personen (z. B. der Notherben, Legatare, Erbschaftsgläubiger) keinen Abbruch thun, was schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere aber aus der Analogie des §. 1282 fließt **).

§. 1384.

Vergleiche über Gesetzübertretungen sind nur in Hinsicht auf die Privatgenugthuung giltig; die gesetzmäßige Unter-

---

*) Nippel, Erläut., Bd. 8. II. S. 36.

**) Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut, si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre. fr. 3. pr. Dig. l. c. (2, 15).

suchung und Bestrafung kann dadurch bloß dann abgewendet werden, wenn die Uebertretungen von der Art sind, daß die Behörde nur auf Verlangen der Parteien ihr Amt zu handeln angewiesen ist.

1) Gegenstand eines giltigen Vertrages kann nur dasjenige sein, was im Verkehr steht (§. 878), es ist daher begreiflich, daß nach unserer gegenwärtigen Rechtsanschauung die gesetzmäßige Untersuchung und Bestrafung einer Gesetzübertretung, die das öffentliche Interesse berührt, durch ein Privatübereinkommen nicht abgewendet werden kann; es verfügen daher auch die §§. 33 u. 239 des Str. G. B., daß die Bestrafung wegen eines Verbrechens, eines Vergehens oder einer Uebertretung im Allgemeinen durch Abkommen mit dem Beschädigten nicht aufgehoben werden könne. Die im §. 1384 des b. G. B. angedeuteten Ausnahmsfälle sind nunmehr in den §§. 187, 188, 463, 466, 467, 487—497, 503, 504, 505, 524 u. 525 des Str. G. B. enthalten.

2) Der Anspruch auf den Ersatz des durch eine strafbare Handlung herbeigeführten Schadens ist dagegen privatrechtlicher Natur und bildet daher allerdings ein Vergleichsobject, gleichwie die Conventionalstrafe (§. 1336).

§. 1385.

oder anderer Mängel.

Ein Irrthum kann den Vergleich nur in so weit ungiltig machen, als er die Wesenheit der Person oder des Gegenstandes betrifft.

1) Der Vergleich ist ein Vertrag (§. 1380), zur Giltigkeit desselben ist also nothwendig, daß er mit allen Erfordernissen eines giltigen Vertrages überhaupt versehen sei. Was nun zuvörderst die persönliche Fähigkeit betrifft, so kömmt nur hervorzuheben, daß in dem Vergleiche eine wenigstens theilweise Veräußerung liegt, daß demnach Minderjährige und Pflegebefohlene denselben nur mit Genehmigung ihres Vertreters und nach Umständen des Gerichtes eingehen können, dann daß die Eingehung von Vergleichen nach §. 1008 eine besondere, auf diese Gattung der Geschäfte lautende Vollmacht erfordert.

2) Bezüglich der wahren Einwilligung kommen gleichfalls die bei Verträgen überhaupt geltenden Grundsätze über Furcht und Zwang, List *) und Irrthum zur Anwendung; nur in Ansehung des Irrthums treten einige besondere Modificationen ein. Der Vergleich setzt nämlich immer streitige oder zweifelhafte Rechte, also etwas Ungewisses voraus. Betrifft nun der Irrthum dieses ungewisse Object des Vertrages, so äußert er der Natur der Sache nach auf die Giltigkeit desselben keinen Einfluß (s. insbesondere §. 1387). Zeigt sich dagegen in jenen Puncten, welche

---

*) Qui per fallaciam coheredis, ignorans universa, quae in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam paciscitur, quam decipitur. fr. 9. §. 2. Dig. l. c. (2, 15).

von den Parteien als gewiß vorausgesetzt wurden, — worüber also unter ihnen kein Streit oder Zweifel obwaltete — so kommen die allgemeinen Vorschriften der §§. 871—876 zur Anwendung. Der Vergleich wird daher nur dann ungiltig, wenn Irrthum die Person in der Art betrifft, daß ohne denselben der Vertrag gar nicht, oder wenigstens nicht auf solche Weise errichtet worden wäre (§. 873) — wie wenn z. B. der Testamentserbe mit dem vermeintlichen Intestaterben über die Giltigkeit des Testamentes transigirt hätte, in der Folge aber sich zeigte, daß sein Paciscent durchaus kein Intestaterbe des Verstorbenen ist — oder wenn er die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben berührt (§. 871) — wie wenn z. B. der Erbe sich mit einem Legatare über das demselben zu leistende Vermächtniß einer jährlichen Rente im Vergleichswege abfindet, nachträglich aber sich herausstellt, daß das Testament, welches beide Theile als giltig voraussetzten, ungiltig ist *). — In dem einen wie in dem andern Falle ist noch weiter zur Ungiltigkeit des Vergleiches erforderlich, daß der Irrthum des einen Transigenten durch den Andern herbeigeführt wurde, nicht daß er selbst daran Schuld trägt (§. 876), oder daß ihn ein Dritter veranlaßte (§. 875), wofern nur in solch einem Falle der andere Theil weder an der widerrechtlichen Handlung des Dritten participirte, noch den obwaltenden Irrthum offenbar aus den Umständen wahrnehmen mußte. Das Gesetz (§. 1385) schweigt zwar von diesem Erfordernisse, allein es ist gar kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß es deßhalb von den allgemeinen, über die Wirkung des Irrthums bei Verträgen aufgestellten Principien abweichen wollte, weßhalb auch der §. 1385 nicht sagt: der Irrthum macht den Vergleich ungiltig u. s. w., sondern: er „kann" den Vergleich ungiltig machen u. s. f.

3) Daß auch die Möglichkeit der Leistung ein wesentliches Erforderniß eines giltigen Vergleiches sei, kann keinem Zweifel unterliegen; dieser wird daher als unwirksam erscheinen, wenn von der einen oder der andern Seite etwas geradezu Unmögliches oder Unerlaubtes versprochen wurde (§. 878).

§. 1386.

Aus dem Grunde einer Verletzung über die Hälfte kann ein redlich errichteter Vergleich nicht angefochten werden.

1) Bei der Ungewißheit, welche hinsichtlich des Vergleichsobjectes nothwendiger Weise obwaltet, ist es begreiflich, daß sich der eigentliche Werth desselben nicht genau ermitteln läßt, und zwar dieß um so weniger, als hierbei auch auf die besondern (subjectiven) Beweggründe der Transigenten Rücksicht genommen werden müßte **); es findet daher das Rechtsmittel der Verletzung über die Hälfte (§§. 934 u. 935) auf einen redlich errichteten Vergleich keine Anwendung ***).

---

*) Vgl. fr. 3. §. 1. u. fr. 12. Dig. l. c. (2, 15).

**) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 75.

***) Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat, universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat,

2) Hatte sich dagegen ein oder der andere Theil eine Unredlichkeit zu Schulden kommen lassen, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen (§. 869), und muß dem Gegentheile den, durch sein Verschulden herbeigeführten Schaden ersetzen, wenn dieser auch nicht das im §. 934 angegebene Maaß erreichte.

§. 1387.

Eben so wenig können neu gefundene Urkunden, wenn sie auch den gänzlichen Mangel eines Rechtes auf Seite einer Partei entdeckten, einen redlich eingegangenen Vergleich entkräften.

1) Die Vorschrift dieses Paragraphen ist nur eine consequente Folge aus den bereits entwickelten Principien. Der Vergleich ist ein Neuerungsvertrag (§. 1380), durch denselben erlischt also die früher bestandene Verbindlichkeit und eine neue nimmt ihren Anfang. Später aufgefundene Urkunden und andere Behelfe, welche sich auf die alte Verbindlichkeit beziehen, können daher auf den Bestand der neu übernommenen Verpflichtung keinen Einfluß üben. Der Zweck des Vergleiches geht eben dahin, zweifelhafte Ansprüche, von denen man nicht mit Bestimmtheit weiß, ob und in welchem Umfange sie zu Recht bestehen, mit Vermeidung eines Rechtsstreites beizulegen; dieser Zweck würde offenbar vereitelt, wenn eine nachträgliche Anfechtung des Vergleiches aus dem Grunde gestattet würde, weil man erst später entdeckt hat, daß dem einen Theile ein Recht gar nicht zusteht, oder daß der Anspruch des Andern seinem vollen Umfange nach begründet war. Der Irrthum, der hier obgewaltet haben mochte, betrifft das Vergleichsobject, dessen Ungewißheit eben zu den charakteristischen Merkmalen der Transaction gehört, und kann daher schon nach §. 1385 die Giltigkeit desselben nicht aufheben *).

2) Immerhin muß aber hierbei vorausgesetzt werden, daß die vertragschließenden Theile redlich zu Werke gingen. Hätte also der eine Transigent zur Zeit der Eingehung des Vergleiches schon gewußt, daß ihm gar kein Anspruch zustehe, oder hätte er die Urkunden, auf welche sich der Anspruch seines Gegners stützte, diesem betrüglicher Weise entzogen, so könnte der Vergleich allerdings als ungiltig angefochten werden **).

---

his, quibus fideicommissum debebatur, restituit; postea repertis instrumentis apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, si non transactum esset, posse. fr. 78. §. 16. Dig. ad Sct. Trebell. (36, 1).

*) Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur. Const. 19. Cod. de transact. (2, 4). — Sub praetextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi, prohibent jura. Const. 29. ibd.

**) Sane si per se vel per alium — fährt die o. a. Const. 19 fort — subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, siquidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero jam peremta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.

§. 1388.

Ein offenbarer Rechnungsverstoß, oder ein Fehler, welcher bei dem Abschlusse eines Vergleiches in dem Summiren oder Abziehen begangen wird, schadet keinem der vertragmachenden Theile.

1) Bei einem Vergleiche kommen häufig Berechnungen vor, hinsichtlich deren man wohl unterscheiden muß, wenn es sich darum frägt, welche Wirkung ein dabei unterlaufener Irrthum hervorbringe? Soll der Vergleich dazu dienen, den über eine Rechnung obwaltenden Rechtsstreit zu beendigen, so kann die spätere Entdeckung eines Rechnungsfehlers, wenn dieser die eben als ungewiß erschienenen Puncte des Vergleichsgegenstandes betrifft, die Giltigkeit des letzteren nicht beirren.

2) Anders ist es dagegen, wenn ein Rechnungsverstoß in jenen Puncten unterlief, welche von dem Transigenten als gewiß vorausgesetzt wurden, so wie wenn der Fehler bloß in den Rechnungsoperationen (d. i. im Summiren und Abziehen, wohl auch im Multipliciren *), Dividiren u. s. w.), die nach bestimmten, von der Willkühr unabhängigen Regeln der Mathematik vor sich gehen, unterlief.

3) Auch durch einen Rechnungsfehler der eben genannten Art wird übrigens die Giltigkeit des Vergleiches nicht berührt, sondern das Gesetz verfügt nur, daß ein solcher Fehler keinem der vertragmachenden Theile schaden solle. Die Folge davon ist, daß der durch die richtige Berechnung sich ergebende Mehrbetrag als gar nicht in den Vergleich einbezogen betrachtet werde, oder daß im umgekehrten Falle, wenn bei der Abschließung des Vergleiches eine höhere Summe zum Grunde gelegt wurde, als sich bei richtiger Berechnung ergibt, ein verhältnißmäßiger Abzug stattfinde. Wäre z. B. eine Forderung, die nach richtiger Berechnung 4000 fl. betrug, beim Vergleichsabschlusse nur zu 2000 fl. angenommen, und sich auf einen

---

*) In einem in Nr. 138 der allg. österr. Ger.-Ztg. v. J. 1854 mitgetheilten Rechtsfalle war ein Irrthum in der Art unterlaufen, daß der Preis von 4544 Tafeln Nußholz zu 5 Lire mit 12720 L. statt mit 22720 L. berechnet wurde, also offenbar ein Multiplicationsfehler vorhanden war, und dennoch erklärte der oberste Gerichtshof (mit Urtheil v. 9. August 1854, Z. 7144) den §. 1388 für vollkommen anwendbar. — Nicht so zweifellos dürfte der von Dr. Likawetz-Oberhauser in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1844, I. S. 288) dargestellte Rechtsfall zu entscheiden sein, wo „dem eigentlichen Vergleichsabschlusse die Berechnung nach der Scala des a. h. Finanzpatentes vom J. 1811 zum Grunde gelegt, und nach mehreren Jahren erst entdeckt wurde, daß die Berechnung nicht nach der Weisung des Finanzpatentes geschehen sei." Wir meinen, daß die Mittheilung des Sachverhaltes nicht genügend ist, um die Frage der Anwendbarkeit des §. 1388 zu bejahen (wie der Verf. thut), oder mit Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 60) zu verneinen, sondern daß es darauf ankömmt, ob der Vergleichsabschluß dazu bestimmt war, die Unsicherheit in der Berechnung nach dem Finanzpatente zu beseitigen, — oder ob über diese Berechnung selbst keine Meinungsverschiedenheit unter den Parteien obwaltete, und nur der Ansatz des Curses unrichtig erfolgte. Darüber gibt uns aber die Mittheilung des Verfassers keinen Aufschluß.

Betrag von 1000 fl. verglichen worden, so könnte der Gläubiger noch 2000 fl. ansprechen, da diese Summe durch den Vergleich in der That nicht novirt wurde, in Ansehung derselben also noch der alte Rechtsgrund aufrecht besteht. Wäre dagegen im obigen Falle die den Gegenstand des Vergleiches bildende Summe per 4000 fl. irriger Weise zu 6000 fl. angenommen und auch auf 1000 fl. verglichen worden, so hätte der Gläubiger nur 666 fl. 40 kr. anzusprechen und müßte sich den Abzug von 333 fl. 20 kr. gefallen lassen, der sich durch das Verhältniß von 6000 : 4000 (1 zu $^2/_3$) ergibt *).

§. 1389.

Umfang des Vergleiches.

Ein Vergleich, welcher über eine besondere Streitigkeit geschlossen worden ist, erstreckt sich nicht auf andere Fälle. Selbst allgemeine, auf alle Streitigkeiten überhaupt lautende Vergleiche sind auf solche Rechte nicht anwendbar, die geflissentlich verheimlichet worden sind, oder auf welche die sich vergleichenden Parteien nicht denken konnten.

1) Der Vergleich ist ein zweiseitig verbindliches Geschäft, es kommen also auf denselben im Allgemeinen die für solche Geschäfte in den §§. 914 u. 915 aufgestellten Auslegungsregeln anzuwenden. Dieß hat die Folge, daß selbst allgemeine, auf alle zwischen den Transigenten überhaupt obwaltenden Streitigkeiten lautende Vergleiche doch nicht auf jene Rechte sich erstrecken, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses noch gar nicht existirten, oder doch den Parteien damals nicht vorschweben konnten, was freilich in jedem einzelnen Falle aus den vorliegenden Umständen beurtheilt werden müßte. So würde z. B., wenn Jemand sich mit seinem Bevollmächtigten nach geschlossenen Vollmachtsgeschäften über alle wechselseitigen Rechte vergleicht, und dann hervorkömmt, daß der Machthaber in einem Testamente zum Erben eingesetzt worden sei, worin dem Machtgeber ein Vermächtniß zugedacht wird, diese, mit dem Vollmachtsverhältnisse in gar keiner Verbindung stehende Forderung in dem Vergleiche nicht eingeschlossen sein **). Das Gleiche gilt, wenn die dem einen Contrahenten zustehenden Rechte von dem andern geflissentlich verheimlicht wurden (§. 871), oder wenn diesem der obwaltende Irrthum seines Gegners offenbar aus den Umständen auffallen mußte (§. 876). Diese Rechte werden als nicht in dem Vergleiche begriffen angesehen, und bleiben dem Berechtigten vorbehalten, der Vergleich selbst verliert aber nichts an seiner Giltigkeit.

2) Daß ein über ein besondere Streitigkeit abgeschlossener Vergleich nicht eigenmächtig auf andere Fälle ausgedehnt werden könne, folgt schon aus der Natur eines Vertrages. Der über den Inhalt eines Testa-

---

*) Dr. Likawetz-Oberhauser a. a. O.

**) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 79.

mentes abgeschlossene Vergleich kann also nicht auf ein, wenn gleich von demselben Erblasser herrührendes Codicill ausgedehnt werden *).

§. 1390.

Bürgen und Pfänder, welche zur Sicherheit des ganzen noch streitigen Rechtes gegeben worden sind, haften auch für den Theil, der durch den Vergleich bestimmt worden ist. Doch bleiben dem Bürgen und einem dritten Verpfänder, welche dem Vergleiche nicht beigestimmt haben, alle Einwendungen gegen den Gläubiger vorbehalten, welche ohne geschlossenen Vergleich der Forderung hätten entgegengesetzt werden können.

Wirkung in Rücksicht der Nebenverbindlichkeiten.

1) Nach §. 1378 erlöschen durch einen Neuerungsvertrag alle mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Bürgschafts-, Pfand- und anderen Rechte, wenn die Theilnehmer nicht durch ein besonderes Einverständniß etwas Anderes festgesetzt haben, und diese Wirkung sollte auch bei dem Vergleiche eintreten, den der §. 1380 ausdrücklich als einen Neuerungsvertrag bezeichnet. Nichts destoweniger hat der §. 1390 hiervon einige Ausnahmen festgesetzt. Handelt es sich zuvörderst um Nebenverbindlichkeiten, welche lediglich die Transigenten betreffen, so ist hierüber ihre ausdrücklich oder stillschweigend abgegebene Willenserklärung allein maßgebend; sind aber dritte Personen (ein Bürge, ein dritter Verpfänder) dabei betheiligt, so muß der Grundsatz im Auge behalten werden, daß in der Regel Niemandem durch einen Andern Verbindlichkeiten auferlegt werden können (§. 881).

2) Demnach dürften folgende Fälle zu unterscheiden sein: Wurde durch den Vergleich der Gegenstand der Forderung, oder der Rechtsgrund derselben verändert, so bleibt es bei der Regel des §. 1378. — Wurde der streitige oder zweifelhafte Rechtsanspruch bloß in seinem Betrage herabgesetzt, so bleiben nicht nur die von dem Paciscenten selbst dafür bestellten Pfänder verhaftet, sondern auch jene, welche ein Dritter bestellt hat, so wie die Bürgen, selbst wenn sie nicht zum Vergleiche beigezogen wurden, weil in dem Mehreren das Mindere, in dem Ganzen der Theil enthalten ist. — Wurde endlich zu der alten Verbindlichkeit noch eine neue übernommen, z. B. für die Rückzahlung einer unverzinslichen Schuld eine längere Zahlungsfrist, jedoch gegen dem bewilliget, daß der ausständige Betrag nunmehr verzinst werde, so bleibt die Haftung der Bürgen u. s. w. in ihrem früheren Umfange; sie kann also — ohne deren Zustimmung — nicht auf die Zinsen ausgedehnt werden.

---

*) Non est ferendus, qui generaliter de his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea censetur, de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur non improbe dicturus mihi videtur, de eo duntaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverit, scriptura contineretur. fr. 12. Dig. l. c. (2, 15).

3) Die Schlußverfügung des §. 1390 folgt aus demselben Principe, wie jene des §. 1361 und eben so gewiß ist es, daß auch der nicht beigezogene Nebenschuldner das Recht hat, von der dem Hauptschuldner zustehenden Einwendung des abgeschlossenen Vergleichs Gebrauch zu machen (§. 1351) *).

§. 1391.

Der Vertrag, wodurch Parteien zur Entscheidung streitiger Rechte einen Schiedsrichter bestellen, erhält seine Bestimmung in der Gerichtsordnung.

1) Das Uebereinkommen der Parteien, ihren Rechtsstreit, statt vom Gerichte, durch eine Privatperson, den Schiedsrichter (arbiter), entscheiden zu lassen, heißt der Schiedsrichtervertrag (compromissum). Er hat die Wirkung eines Vergleichs, wird aber in unserem Rechte, da er mit dem gerichtlichen Verfahren in innigem Zusammenhange steht, in den Proceßgesetzen (§§. 270—274 der allg.; §§. 359—365 der galiz., §§. 349—355 der ital. u. §§. 376—386 der ung. u. siebenb. G. O.) behandelt**).

2) Verschieden von der Bestellung eines Schiedsrichters ist die Wahl eines Schiedsmannes, deren die §§. 835, 841 und 842 des b. G. B. erwähnen (s. Bd. 2, S. 848 d. W.).

§. 1392.

3) Cession.

Wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen, und von dieser angenommen wird; so entsteht die Umänderung des Rechtes mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers. Eine solche Handlung heißt Abtretung (Cession), und kann mit oder ohne Entgelt geschlossen werden.

1) Nach den strengen Grundsätzen des römischen Rechtes ist die Obligation ein unübertragbares Rechtsverhältniß; sie läßt sich von der Person des Gläubigers oder Schuldners nicht trennen, ohne daß sie selbst aufgehoben würde ***), nur ihre Ausübung kann auf einen Andern übertragen werden, indem der Gläubiger (Cedent) einen Stellvertreter (Procurator, Cessionar) bestellt, der die Forderung statt seiner, aber für eigene Rechnung (daher als procurator in rem suam) geltend macht, so daß er das vom Schuldner Erlangte für sich behält. Dieser Anschauungsweise ist unser Gesetzbuch nicht ganz treu geblieben, indem es eine wirkliche Uebertragung der Forderung (nicht bloß ihrer Ausübung) anzunehmen scheint, und die Cession für eine Umänderung des Rechtes mit Hinzukunft

*) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 82.

**) Vgl. K. Ebner, über Schiedsrichter in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1841. I. S. 354, und ebd. 1844. II. S. 252. — Wessely (Dr. Wolfg.) das schiedsrichterliche Institut nach den Grundsätzen des österreichischen Rechts. Ebd. 1842. II. S. 129, 206, 276 u. 334.

***) Puchta, a. a. O. §. 280, S. 416.

eines neuen Gläubigers erklärt (§. 1375), während nach römischem Rechte die Aufhebung der Forderungsrechte des Cedenten erst durch die Litiscontestation oder durch die Benachrichtigung des Schuldners (Cessus) von der Cession herbeigeführt wird *).

2) Die Cession gründet sich entweder auf einen Vertrag (cessio voluntaria) oder auf einen von dem Willen des Gläubigers unabhängigen Rechtsgrund (cessio necessaria). Letzteres ist der Fall, wenn Jemand die Schuld eines Andern bezahlt, und sohin die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes verlangt (§§. 1358, 1422 u. 1423), ferner wenn nach den Vorschriften der Gerichtsordnung (§§. 317 u. 318 der allg., §§. 418 u. 419 der galiz., §§. 407 u. 408 der ital. u. §§. 473—477 der ungar. u. siebenb. G. O.) dem Gläubiger eine Forderung des Schuldners eingeantwortet wird, und im Concurse.

3) Der Abtretungsvertrag bietet keine besondern Eigenthümlichkeiten dar, daher auch das Gesetz in den nachfolgenden Paragraphen denselben nicht weiter berührt und bloß von dem Verhältnisse des Schuldners zu dem Cedenten und dem Cessionare handelt. Jenes zwischen dem Cedenten und dem Cessionare wird nur in einem Punkte, nämlich bezüglich der Haftung des Cedenten in den §§. 1397—1399 näher erörtert. Die Cession erscheint demnach entweder als Kauf, oder Tausch, oder Schenkung u. s. w., oder als ein ungenannter Vertrag, je nach dem Inhalte des getroffenen Uebereinkommens **). Darnach gestaltet sich daher auch das Verhältniß zwischen dem Cedenten und Cessionar, für welches nur die allgemeine Regel gilt, daß der Cedent der Geltendmachung der abgetretenen Forderung durch den Cessionar kein Hinderniß entgegensetzen dürfe, sondern dieselbe nach Kräften zu ermöglichen habe, da dieß zur Erfüllung des von ihm gemachten Versprechens gehört ***).

4) Hieraus folgt denn auch, daß die Cession an keine besonderen Förmlichkeiten gebunden erscheint, sondern eben sowohl mündlich als schriftlich, vor Gericht oder außerhalb desselben, mit oder ohne Zeugen abgeschlossen werden kann (§. 883).

5) Sie wirkt, da im Gesetze dießfalls nirgends eine abweichende Verfügung getroffen ist, zwischen dem Cedenten und dem Cessionare sogleich nach ihrer Abschließung; eine Uebergabe, wie sie zur Uebertragung des Eigenthums, oder eines andern dinglichen Rechtes erfordert wird, ist durchaus nicht nothwendig. Es scheint uns daher nicht richtig, wenn Nippel (Erläut. Bd. 8. II. S. 70) zwischen jenen Forderungen, worüber keine brieflichen Urkunden vorhanden sind, und jenen, bei welchen dieses der Fall ist, einen Unterschied machen zu müssen glaubt und in Ansehung der letzteren zur Uebertragung des Eigenthums (?) der Forderung, die Uebergabe und Uebernahme dieser Urkunden fordert †). Selbst wenn die Forderung

*) Vgl. const. 4 Cod. quae res pign. (8, 17) u. const. 3 Cod. de nov. (8, 42).

**) Vgl. Dr. Mich. Schuster: Grundlehre der Cessionen in d. österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1829. II. S. 1.

***) Vgl. fr. 6, 14 pr. fr. 23, §. 1. Dig. de hered. et act. vend. (18, 4).

†) Eben so wenig können wir der Meinung dieses Schriftstellers beipflichten, wenn er (Erläut. Bd. 8. II. S. 79) behauptet, der über das Ver-

den öffentlichen Büchern einverleibt ist, dürfte unserer Ansicht zu Folge die Supereinverleibung des Cessionsvertrages wohl zur Erwerbung des Pfandrechtes, nicht aber zur Uebertragung der Forderung nothwendig sein.

6) Die Einwilligung des Schuldners (cessus) ist zur Giltigkeit der Abtretung niemals erforderlich *), da die Rechte des Uebernehmers ohnehin nicht ausgedehnter sind, als die Rechte des Ueberträgers (§. 1394) und dem Cessus alle Einwendungen vorbehalten bleiben, die er gegen den Cedenten geltend zu machen im Stande war (§. 1396), seine Lage daher durchaus nicht verschlimmert wird.

§. 1393.

Gegenstände der Cession.

Alle veräußerlichen Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung. Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden. Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, werden schon durch die Uebergabe abgetreten, und bedürfen nebst dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung.

1) Als Gegenstände der Cession bezeichnet das Gesetz überhaupt alle veräußerlichen Rechte. Nichts destoweniger muß dieser Ausdruck auf die persönlichen Sachenrechte eingeschränkt werden; denn das Gesetz spricht in der Lehre von der Cession immer nur von „Forderungen,“ die im §. 668 ausdrücklich von den aus einem dinglichen Rechte entstehenden Ansprüchen unterschieden werden; die §§. 1392 u. f. f. bezeichnen ferner durchwegs den Berechtigten als „Gläubiger,“ den Verpflichteten als „Schuldner,“ eine Terminologie, die ebenfalls nur im Obligationenrechte angewendet zu werden pflegt; endlich ist von der Uebertragung der dinglichen Sachenrechte schon in dem früheren Theile des Gesetzbuches die Rede gewesen und es sind darüber Bestimmungen aufgestellt worden, welche sich mit den Vorschriften über die Cession nicht wohl vereinbaren lassen **).

---

mögen des Cedenten ausgebrochene Concurs habe die Wirkung, daß dem Cessionar — der das Eigenthum der Forderung noch nicht erlangt hat (sic) — nichts anderes erübrige, als sein persönliches Recht, welches er durch den Cessionsvertrag auf Ueberlassung der Forderung in sein Eigenthum erlangt hat, gegen die Concursmassa zu liquidiren.

*) Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. Const. 3. Cod. de hered. v. act. (4, 39). — S. auch const. 1. Cod. de novat. (8, 42).

**) Dieser Ansicht pflichtet auch Schuster a. a. O. u. Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 72 bei. — Winiwarter (bürgl. Recht, S. 66) meint dagegen, daß dingliche Rechte wenigstens ausnahmsweise Gegenstand einer Cession sein können, wenn nämlich a) der Berechtigte sich nicht im Besitze derselben befindet, sondern erst auf ihre Anerkennung klagen muß, wenn b) aus einem dinglichen Befugnisse Rechte entstehen, die nur gegen eine bestimmte Person geltend gemacht werden können, wenn es sich endlich c) um das Pfandrecht als Nebenrecht einer Forderung handelt. — Allein wir glauben hiergegen bemerken zu müssen: a) daß die Klage kein selbstständiges Recht, sondern nur ein Zusatz zu dem Inhalte eines Rechtes ist (vgl. Puchta, a. a. O. §. 81), daß sie

2) Selbst unter den persönlichen Sachenrechten gibt es einige, welche nicht im Wege der Cession auf eine andere Person übertragen werden können, und zwar ist dieß der Fall:

a) wenn bei der Einräumung eines solchen Rechtes schon die Unübertragbarkeit desselben zur Bedingung gemacht wurde (vgl. z. B. §. 1098, welcher darauf hindeutet, daß die Ueberlassung eines Mieth- oder Pachtstückes in Afterbestand ausdrücklich untersagt werden kann);

b) wenn es sich um Sachenrechte handelt, die aus einem persönlichen Verhältnisse hervorgehen, welches als die fortdauernde Quelle derselben erscheint: so kann das Recht der Ehegattin auf den anständigen Unterhalt, das Recht eines unehelichen Kindes auf Alimentation u. dgl. nicht abgetreten werden, wohl aber sind die einzelnen, aus solchen Berechtigungen hervorgegangenen Ansprüche z. B. auf eine bestimmte Unterhaltsrate, allerdings cedirbar;

c) endlich findet eine Ausnahme von der Regel des §. 1393 auch noch dann statt, wenn das Gesetz es insbesondere verfügt, was vornehmlich bei jenen Ansprüchen der Fall ist, welche von Seite des Verpflichteten besondere Eigenschaften und Fähigkeiten voraussetzen, wie aus der Verfügung der §§. 1010, 1161 u. 1186 hervorgeht. Außerdem sind auch noch einige andere Befugnisse aus den, am zukömmlichen Orte entwickelten Gründen, für unübertragbar erklärt, wie der Vorbehalt des Widerkaufes, Rückverkaufes und Vorkaufes (§§. 1070, 1071 u. 1074). Wenn endlich das Hfd. v. 22. April 1826, Nr. 2090 der J. G. S. (Nr. 79 des Anh. zum b. G. B. f. Ungarn u. s. w. und Nr. 76 des Anh. zum b. G. B. f. Siebenbürgen) erklärt, daß eine dem Schuldner von dem Gläubiger erlassene Forderung, wenn auch die Verzichtleistung in Form einer Schenkungsurkunde geschehen ist, kein Gegenstand einer Cession sein könne, so liegt der Grund hierzu darin, daß die Entsagung eine Erlöschung des Rechtes herbeiführt (§. 1444), ein schon aufgehobenes Recht aber der Natur der Sache nach nicht weiter übertragen werden kann (§. 1351). Die Bestimmung des §. 1393, daß Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, nicht abgetreten werden können, ist übrigens nur in so weit richtig, als durch eine solche Abtretung die Last des Schuldners nicht erhöht werden darf, so daß das abgetretene Recht jedenfalls mit dem Zeitpunkte erlischt, mit welchem es aufgehört haben würde, wenn eine Abtretung nicht stattgefunden hätte (§. 1394). So ist z. B. das Recht des Rentenkäufers gewiß nicht unübertragbar; es endiget aber jedenfalls mit dem Leben des Cedenten, wenn es auf dessen Kopf gestellt wurde, wiewohl ihn der Cessionar überlebte (§. 1285).

---

daher nicht für sich allein, sondern nur mit dem Rechte, dem sie anklebt, übertragen werden kann; b) daß die unter b) erwähnten Rechte keine dinglichen, sondern persönliche Ansprüche auf Ersatz eines Schadens sind, der durch die Verletzung eines dinglichen Rechtes herbeigeführt wurde und c) daß die Abtretung der Forderung nicht nothwendiger Weise auch jene des Pfandrechtes in sich schließe, daß aber jedenfalls — wie schon oben erwähnt wurde — die Uebertragung des Pfandrechtes auf anderem Wege bewirkt werden müsse, als die Cession der Forderung, mit der es verknüpft ist.

3) Der Cessionar muß, wenn er die ihm abgetretene Forderung gegen den Schuldner geltend machen will, sich als hierzu berechtigt legitimiren, er muß also die in der Mitte liegende Cession, und wenn deren mehrere sind, alle beweisen. Dieß kann, wo das Gesetz keine Ausnahme festsetzt, durch die gewöhnlichen gerichtsordnungsmäßigen Beweismittel, aber auch nur durch diese geschehen. Daraus folgt, daß die bloße Innehabung der ursprünglich über die cedirte Forderung ausgestellten Urkunde (z. B. des Schuldscheines) noch nicht als eine hinreichende Legitimation angesehen werden kann, weil sie den Uebergang von dem früheren, darin benannten Gläubiger auf den neuen (Cessionar) nicht ersichtlich macht, und weil sie auch aus einem andern Grunde, als dem der Rechtsabtretung (z. B. aus einer Verpfändung, oder aus einem unredlichen Acte) herrühren kann.

Anders ist es bei den auf den Ueberbringer lautenden Papieren (Inhaberpapieren), deren Zulässigkeit (freilich unter gewissen Beschränkungen *) wir bereits oben (S. 6 d. W.) zu zeigen versucht haben. Bei ihnen findet das Eigenthümliche statt, daß der Besitz der Urkunde den Inhaber derselben als Gläubiger legitimirt, daß aus der Thatsache der Innehabung auf die Zuständigkeit des Forderungsrechtes geschlossen wird **). Doch ist hier überall nur vom Beweise die Rede, der einen Gegenbeweis nicht unmöglich macht. Dieser könnte also immerhin von dem Schuldner geführt werden und dahin gehen, daß die fragliche Urkunde unrechtmäßiger Weise (z. B. durch Diebstahl) in die Hände des Inhabers gekommen, oder daß sie ihm zu einem anderen Zwecke, als dem der Rechtsabtretung (z. B. als Depositum) übergeben worden sei.

§. 1394.

Wirkung.

Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben.

1) Was die Wirkungen der Cession anbelangt, so kömmt in Ansehung derselben das Verhältniß zwischen dem Cessionare und dem Cedenten von jenem zwischen dem Cessionare und dem Cessus zu unterscheiden. Dem Cedenten gegenüber hat der Cessionar das Recht zu verlangen, daß ihm dieser in der Geltendmachung seines Anspruches nicht nur nicht hinderlich sei, sondern daß er ihm alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel ausfolge (vgl. §. 1358), also namentlich die in seiner Inhabung befindlichen Pfandstücke übergebe, oder ihn in den Stand setze, auf dem Wege der Superintabulation das dem Gläubiger zustehende Hypothekarrecht zu erwerben ***). Würde dieser nach erfolgter Abtretung von dem

*) Andrer Meinung ist dießfalls Unger in seiner geist- und gehaltvollen Schrift: die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig 1857, S. 172.

**) Unger, a. a. O. S. 129.

***) Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, ejus quoque, quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emtori. fr. 6. Dig. de her. et act. vend. (18, 4).

Schuldner befriedigt worden sein (§. 1395), so müßte er alles Empfangene (nicht etwa bloß die empfangenen Cessionsvaluta, vgl. §. 1397) herausgeben *). Wie weit sich die Haftung des Cedenten für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung erstrecke, wird bei den §§. 1397—1399 erörtert werden.

2) Dem Cessus gegenüber erscheint der Cessionar als berechtigt, die Forderung, so wie sie dem Cedenten zustand, mit allen ihren Accessionen (z. B. dem Anspruche auf Zinsen, Conventionalstrafe u. s. w.) geltend zu machen **), daher auch die von demselben etwa bereits erwirkte Execution fortzusetzen, und im Concurse der Gläubiger diejenige Classe zu verlangen, in welche er selbst versetzt worden wäre, wenn eine Uebertragung der Forderung nicht stattgefunden hätte. In keinem Falle ist der Cessionar mehr anzusprechen befugt, als der Cedent zu fordern gehabt hätte (§. 442). Eine wichtige Beschränkung dagegen hatte die s. g. Lex anastasiana (const. 22. Cod. mand. [4, 35]), eingeführt, zu Folge welcher ein Cessionar, der die Forderung gekauft hatte, nicht mehr einklagen durfte, als er selbst dafür gegeben hatte. Die Absicht des Gesetzes ging dahin, dem Handel mit schlechten oder zweifelhaften Forderungen, der häufig mißbraucht wurde, zu begegnen ***). Unser Gesetzbuch hat jedoch diese Anordnung sammt ihren mannigfaltigen Ausnahmen nicht aufgenommen; es waltet daher gegenwärtig kein Anstand ob, daß der Cessionar die abgetretene Forderung in ihrem ganzen Umfange geltend mache, mag er was immer für einen Preis dafür gegeben haben.

§. 1395.

Durch den Abtretungsvertrag entsteht nur zwischen dem Ueberträger (Cedent) und dem Uebernehmer der Forderung (Cessionar), nicht aber zwischen dem Letzten und dem übernommenen Schuldner (Cessus) eine neue Verbindlichkeit. Daher ist der Schuldner, so lange ihm der Uebernehmer nicht bekannt wird, berechtiget, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden.

§. 1396.

Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Uebernehmer bekannt geworden ist; allein es bleibt ihm das

---

*) Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellitur. fr. 23. §. 1. l. c. Dig. (18, 4).

**) Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores hujus debiti cedere debet, nisi aliud actum est. fr. 23. pr. Dig. l. c. (18, 4).

***) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 285, S. 422. — Thibaut, a. a. O. §. 465, S. 391.

Recht, seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen. Hat er die Forderung gegen den redlichen Uebernehmer für richtig erkannt; so ist er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen.

1) Durch die Cession wird eine neue Verbindlichkeit nur zwischen dem Cedenten und dem Cessionare begründet; das Verhältniß des Cessus wird dadurch zunächst nicht berührt; er wird durch die Cession allein noch nicht von dem alten Gläubiger befreit; dieß geschieht erst dann, wenn ihm der Uebernehmer bekannt geworden ist *). Vor geschehener Benachrichtigung von der stattgefundenen Cession muß er den Cedenten, wenn dieser sich an ihn wendet, bezahlen **), nach erhaltener Nachricht darf er dieß nicht mehr und kann sich daher gegen eine Klage desselben durch die Einwendung der ihm bekannt gewordenen Cession schützen ***). So lange ihm dagegen der Uebernehmer noch nicht bekannt wurde, kann er ohne weitere Verantwortlichkeit den alten Gläubiger bezahlen, oder sich sonst mit ihm abfinden (also z. B. einen Vergleich schließen, oder einen Nachlaß der Forderung von ihm erwirken u. dgl. m.), ja er würde im Gegentheile verantwortlich werden, wenn er den neuen Gläubiger ohne hinreichenden Nachweis der an ihn erfolgten Abtretung befriedigte (§. 1424). Eine Ausnahme findet nur bei den Inhaberpapieren statt, bei denen, wie schon oben (S. 628) angedeutet wurde, der thatsächliche Besitz die Stelle dieses Nachweises vertritt; doch wird auch hier vorausgesetzt, daß die Zahlung nicht unredlicher Weise geschehen sei. Hat sich also der frühere Gläubiger an den Schuldner gewendet, und diesen von dem Verluste (Diebstahle 2c.) des Papieres in Kenntniß gesetzt, oder gar ein gerichtliches Zahlungsverbot erwirkt, so darf der Schuldner den sich meldenden Inhaber nicht sofort bezahlen, sondern er muß vielmehr demjenigen, der den unfreiwilligen Verlust behauptet, Mittheilung machen, damit sohin durch einen Rechtsstreit festgestellt werde, wer der wahre Gläubiger ist †); einstweilen kann dann von Seite des Schuldners die gerichtliche Hinterlegung der Schuld nach §. 1425 eingeleitet werden.

---

*) Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat, venditam esse hereditatem, transegit. Si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. fr. 17. Dig. de transact. (2, 15).

**) Eine andere Frage ist es, ob der Gläubiger nach vorgenommener Abtretung seiner Forderung noch berechtigt sei, dieselbe gegen den Schuldner einzuklagen, und wir glauben diese Frage vom Standpuncte des österreichischen Rechtes aus — (anders war es freilich nach römischem Rechte) — verneinen zu müssen; der Schlußsatz des §. 1395 will nur so viel sagen, daß der Schuldner, wenn er vor der ihm bekannt gewordenen Cession den alten Gläubiger befriedigt, von seiner Verbindlichkeit befreit wird, und daß er nachträglich von dem Cessionare nicht mit Erfolg belangt werden kann.

***) Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. fr. 16. pr. Dig. de pact. (2, 14).

†) Savigny, Obligationsrecht. Bd. 2, S. 136. — Unger, a. a. O. S. 132.

2) Eine Folge aus dem im §. 1394 aufgestellten Principe ist es, daß der Cessus dem Cessionare alle Einwendungen entgegen setzen kann, die ihm gegen den Cedenten zustanden, der durch den einseitigen Act der Cession die Lage des Cessionars nicht verschlimmern kann. Er ist aber außerdem auch berechtigt, die Ungiltigkeit der Cession selbst einzuwenden, so wie sich auch jener Einwendungen zu bedienen, welche ihm unmittelbar gegen die Person des Cessionars zustehen (z. B. der Einwendung der Compensation). Bei den auf Ueberbringer lautenden Papieren findet auch hier eine Ausnahme in so fern statt, als der Schuldner bei denselben dem jeweiligen Inhaber Einwendungen aus der Person eines früheren Inhabers entgegen zu setzen nicht berechtiget erscheint *).

3) Eine besondere Modification der bisher entwickelten Verhältnisse zwischen dem Cessus und dem Cessionare wird dann herbeigeführt, wenn Ersterer die Forderung gegen den Letzteren für richtig erkannt hat. Er verliert in diesem Falle jene Einwendungen, welche ihm gegen den Cedenten zustanden, kann sich aber auch dann noch derjenigen Einreden bedienen, welche gegen die Giltigkeit der Cession selbst vorgebracht werden können, oder welche ihm unmittelbar gegen den Cessionar (wie z. B. die Einwendung der Compensation) zustehen. Ueberhaupt wird hierbei erfordert, daß der Cessionar redlich zu Werke gegangen, also die Anerkennung der Forderung nicht mit dem Bewußtsein des Umstandes, daß sie niemals zu Recht bestanden, oder bereits aufgehoben sei, erschlichen habe. Uebrigens kann der Schuldner nicht gezwungen werden, eine vorläufige Erklärung über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gegen ihn erhobenen Forderung abzugeben.

§. 1397.

Wer eine Forderung ohne Entgelt abtritt, also verschenkt, haftet nicht weiter für dieselbe. Kommt aber die Abtretung auf eine entgeltliche Art zu Stande, so haftet der Ueberträger dem Uebernehmer sowohl für die Richtigkeit als für die Einbringlichkeit der Forderung, jedoch nie für mehr, als er von dem Uebernehmer erhalten hat. Haftung des Cedenten.

1) Wie wir bereits oben (S. 625) hervorgehoben haben, hängt das Verhältniß des Cedenten zum Cessionare wesentlich von dem, der Cession zum Grunde liegenden Geschäfte (der causa cessionis) ab. Ist dieses ein unentgeltliches, so findet weder die Gewährleistung, noch das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte statt. Der Cedent ist als ein Geschenkgeber anzusehen (§. 939) und haftet demnach weder für die Richtigkeit noch für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung, wohl aber könnte er nach der Analogie des §. 945 zum Ersatze des, dem Cessionare zugefügten Schadens (z. B. der unnützer Weise aufgewendeten Proceßkosten) verhalten werden **).

---

*) Savigny, a. a. O. S. 119. — Unger, a. a. O. S. 148.

**) Labeo ait: si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecerim, et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra dona-

2) Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Abtretung einer Forderung gegen Entgelt geschah. Hier würde schon nach allgemeinen Principien zuvörderst das Rechtsmittel der Gewährleistung nach §. 922 u. ff. zur Anwendung zu kommen haben, welches jedoch in den §§. 1397—1399 einigen besonderen Modificationen unterworfen wurde. Der Cedent haftet demnächst für Richtigkeit der abgetretenen Forderung, d. h. dafür, daß sie wirklich zu Recht bestehe (daß sie auf einem giltigen Rechtsgrunde beruhe und durch keine zerstörliche Einwendung entkräftet werden könne); er haftet aber auch für die Einbringlichkeit (die Güte) der Forderung *), d. h. dafür, daß sie völlig eingetrieben werden könne. Das Maß dieser Haftung ist aber beschränkt, und zwar auf den Betrag, welchen der Cedent von dem Cessionare erhalten hat. Wäre also z. B. eine Forderung von 1000 fl. um den Betrag von 600 fl. abgetreten worden, und stellte sie sich als gar nicht zu Recht bestehend dar, oder könnten auf dieselbe nur 500 fl. hereingebracht werden, so hätte der Cedent im ersten Falle (nicht 1000 fl., sondern) nur 600 fl. und im zweiten Falle (nicht 500 fl., sondern) nur 100 fl. dem Cessionare zu ersetzen. Den Grund dieser, von den Vorschriften des römischen Rechtes abweichenden Anordnung hat Nippel (Erlänt. Bd. 8. II. S. 95) hauptsächlich in folgender Betrachtung zu finden geglaubt: Derjenige, der Jemandem eine Forderung abtritt, hat ihm dadurch keine Leistung aus dem Seinigen zugesichert, sondern sich lediglich verpflichtet, von seinem Rechte gegen den Dritten (Cessus) keinen Gebrauch mehr zu machen und die Ausführung desselben dem Cessionare zu überlassen. Wird nun die Liquidität dieses Rechtes angefochten, und von dem Gerichte auch aberkannt, so ist es eben so viel, als ob dem Cessionare eine Sache versprochen worden wäre, die gar nicht existirt; ist die Forderung aber uneinbringlich, so gleicht sie einer Sache, welche zu Grunde gegangen ist. In beiden Fällen ist der Fall der Unmöglichkeit der Leistung vorhanden, was die Folge nach sich zieht, daß derjenige, der eine solche nicht existente oder untergegangene Sache gegen Entgelt Jemandem überlassen hat, dasjenige, was er dafür erhalten hat, in so weit zurückvergüten müsse, als er dadurch aus dem Schaden des Andern einen Gewinn ziehen würde (§. 1447).

3) Das Entgelt, welches für die abgetretene Forderung entrichtet wird, kann in barem Gelde, in einer andern körperlichen Sache, ja auch in einer Dienstleistung (Arbeit) oder wieder in einer Forderung bestehen, und die abgetretene Forderung selbst kann entweder eine Geldforderung, oder eine solche sein, welche etwas Anderes zum Gegenstande hat (z. B. ein Kaufrecht, ein Bestandrecht u. dgl.). Schuster meint nun (in der o. a.

---

torem competere; plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecerit. fr. 18. §. 1. Dig. de don. (39, 5).

*) Nach römischem Rechte hatte der Cedent, in der Regel wenigstens, wohl für die Existenz, nicht aber für die Güte der Forderung zu haften. Si nomen sit distractum, Celsus libro nono Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestari, debitorem autem esse, praestari, nisi aliud convenit. fr. 4. Dig. de her. etc. (18, 4). — Qui nomen quale fuit vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, sed et dolum praestare cogitur. fr. 74. §. 3. Dig. de evict. (21, 2).

Abhandlung), daß die oben erörterte Vorschrift des §. 1397 nur auf jene Cessionen anzuwenden sei, in welchen für eine Geldforderung Geld, oder eine andere Geldforderung gegeben wird, während in allen übrigen Fällen die für Verträge überhaupt aufgestellten Grundsätze zur Anwendung zu kommen hätten, indem nur die Cessionen der ersten Art eigenthümliche Rechtsgeschäfte seien (für die eben auch der §. 1397 eigenthümliche Vorschriften festsetzt), die Cessionen der zweiten Art aber sich (in der Regel) als diejenige Gattung der Geschäfte darstellen, welche angenommen werden müßte, wenn der Abtreter den Gegenstand der Abtretung unmittelbar, folglich ohne Dazwischenkunft des Schuldners, selbst überlassen würde (mithin als ein Kauf-, Tausch-, Bestand-, Lohn- oder als ein ungenannter Vertrag). — Allein schon Nippel hat (a. a. O. S. 85—92) die Unrichtigkeit dieser Behauptungen darzuthun sich bemüht, und wir glauben der Ansicht dieses Schriftstellers beipflichten zu müssen. Vor Allem scheint Prof. Schuster die beiden Fälle mit einander zu verwechseln, wo ein Kauf-, Bestand-, Lohnvertrag u. dgl. im eigentlichen Sinne abgeschlossen, also das Entgelt in barem Gelde bedungen, und dann an Zahlungsstatt (§. 1414) eine Forderung abgetreten (der Berechtigte zur Zahlung an einen Dritten gewiesen) wurde, — und wo unmittelbar für die überlassene Sache (Eigenthum, Gebrauch oder Arbeit u. dgl.) eine Forderung cedirt wurde; ferner wäre nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber, der wie Schuster selbst zugeben muß, in den §§. 1392—1396, so wie in den §§. 1398 und 1399 von allen Forderungen ohne Unterschied handelt, gerade nur in dem einen §. 1397 bloß die Geldforderungen vor Augen gehabt haben sollte; es scheint also vielmehr auch diese Anordnung auf alle Arten der Cessionen angewendet werden zu müssen, zumal sich dabei höchstens hier und da einige Schwierigkeiten in Beurtheilung der Frage ergeben dürften, wie viel der Cedent eigentlich für die abgetretene Forderung erhalten habe, und ob das, was der Cessionar auf Grundlage derselben hereinzubringen vermochte, diesem Betrage gleich komme, eine Schwierigkeit, die sich durch eine umsichtige Schätzung des geleisteten Entgeltes und der von dem Cessionare beigetriebenen Leistung in jedem Falle beseitigen lassen dürfte.

4) Damit der Cessionar wegen Uneinbringlichkeit der cedirten Forderung seinen Regreß gegen den Cedenten nehmen könne, muß natürlicher Weise diese Uneinbringlichkeit gehörig dargethan sein *); doch ist hierbei nicht gerade nothwendig, daß der Cessionar gegen den Schuldner (Cessus) das Executionsverfahren bis zur Güternamhaftmachung und der Entscheidung hierüber durchgeführt habe, sondern es genügt, wenn bei dem Verpflichteten die von dem Cessionare angesuchte Pfändung wegen Mangels an Deckung nicht vorgenommen werden konnte **). Dieses Regreßrecht kann selbst wieder ein Gegenstand der Abtretung sein, da es nirgends als ein

---

*) Die bloße Beibringung der Cessionsurkunde wurde daher in dem, in Nr. 34 der Gerichtshalle v. J. 1857 mitgetheilten Rechtsfalle nicht einmal zur Erwirkung der Pränotation der Regreßansprüche des Cessionars auf eine Realität des Cedenten für genügend erkannt.

**) Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 12. April 1854, Z. 3215 in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1854, Nr. 81.

unveräußerliches Recht bezeichnet erscheint; wenn demnach eine Forderung von dem Cessionare weiter cedirt wird, und diese Cession ohne Vorbehalt erfolgt, so dürfte anzunehmen sein, daß der spätere Cessionar nicht nur die Forderung an den übernommenen Schuldner, sondern zugleich auch das Regreßrecht seines Vormannes an den ursprünglichen Gläubiger erlangt habe *).

5) Bei der cessio necessaria, die im §. 1422 enthalten ist, richtet sich die Haftung des Gläubigers nicht nach dem §. 1397, sondern nach der im §. 1422 selbst enthaltenen Vorschrift; dagegen sind die §§. 1397—1399 allerdings auf jene Rechtsabtretung anwendbar, welche in der executiven Einantwortung einer Privatforderung nach den §§. 317 und 318 der allg., §§. 418 u. 419 der galiz., §§. 407 u. 408 der ital. und §§. 473—477 der ung. und siebenb. G. O. gelegen erscheinen **).

§. 1398.

In so fern der Uebernehmer über die Einbringlichkeit der Forderung aus den öffentlichen Pfandbüchern sich belehren konnte, gebührt ihm in Rücksicht der Uneinbringlichkeit keine Entschädigung. Auch für eine zur Zeit der Abtretung einbringliche, und durch einen bloßen Zufall oder durch Versehen des Uebernehmers uneinbringlich gewordene Forderung haftet der Ueberträger nicht.

---

*) Anton K. hatte aus einem Darlehen 200 fl. von Franz Kr. zu fordern, und cedirte diese Forderung an Julius D., welcher sie, mit allen bezüglich derselben überhaupt erworbenen Rechte an Josef R. abtrat. Da dieser von dem Schuldner Franz Kr. die Bezahlung nicht erlangen konnte, so klagte er den Julius D. so wie den Anton K. auf solidarische Leistung des Regresses, indem er behauptete, daß durch die beiden vorerwähnten Cessionen nicht nur die Rechte des Julius D. und Anton K. wider den Schuldner, sondern auch das Regreßrecht des Julius D. gegen Anton K. auf ihn übergegangen sei. Der oberste Gerichtshof erkannte mit Urtheil v. 24. März 1857, Z. 2160, dem Klagebegehren gemäß (allg. öst. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 73). — Hiernach stellt sich die Ansicht Dr. Mikolasch's, welcher die Frage, ob bei einer Cession die mittelbaren Vormänner dem Cessionar zu haften haben? verneinend beantworten zu müssen glaubte (öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1837. II. S. 301) als unrichtig dar.

**) Dadurch ist den abweichenden Vorschriften der allg. galiz. u. ital. G. O. derogirt; die Anordnungen der §§. 476 u. 477 der ungar. u. siebenb. C. P. O. stimmen ohnehin bereits mit den Vorschriften des a. b. G. B. überein. — Vgl. Dr. Fr. Raule: Abhandlung über den derogativen Einfluß des a. b. G. B. auf die Anordnungen der allg. G. O. über die executive Einantwortung der Privatforderungen, Wien 1828, und Rippel, Rechtsfall zur Erörterung der Frage, ob und in wie ferne durch die im Executionswege erwirkte gerichtliche Einantwortung einer Forderung die Verbindlichkeit des Schuldners erlösche? (öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1828. I. S. 73). — Da die executive Einantwortung als eine wahrhafte Cession erscheint, so können von dem Cessus in einem solchen Falle dem Exequenten allerdings jene Einwendungen entgegengesetzt werden, die ihm gegen den Executen zustanden. Vgl. den Aufsatz von Lhota: Ist die Execution durch Veräußerung oder durch Einantwortung einer Schuldforderung mit Vortheil zu wählen? (Themis n. F. Hft. 1, S. 1.)

§. 1399.

Ein Versehen dieser Art begeht der Uebernehmer, wenn er die Forderung zur Zeit, als sie aufgekündiget werden kann, nicht aufkündiget, oder nach verfallener Zahlungsfrist nicht eintreibt; wenn er dem Schuldner nachsieht; wenn er die noch mögliche Sicherheit zur rechten Zeit sich zu verschaffen versäumt, oder die gerichtliche Execution zu betreiben unterläßt.

1) Ausnahmsweise kann die Haftung des Cedenten für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung entfallen, wenn sie in dem Abtretungsvertrage ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. dadurch, daß die Forderung selbst als eine zweifelhafte bezeichnet wurde, wie Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 92 bemerkt) erlassen wurde; denn die Vorschrift des §. 1397 enthält keine absolute, das Rechtsverhältniß der Parteien unter allen Umständen, also auch gegen ihren Willen normirende Regel, sondern sie muß nur so lange angewendet werden, als der entgegenstehende Wille nicht ausdrücklich erklärt wurde, oder sich aus concludenten Handlungen derselben ergeben hat *); als eine solche kann es aber noch nicht angesehen werden, wenn in der Cessionsurkunde nur von der Haftung des Cedenten für die Richtigkeit der abgetretenen Forderung die Rede ist, ohne daß der Einbringlichkeit derselben insbesondere Erwähnung geschah **).

2) Eine weitere Ausnahme greift dann Platz, wenn die abgetretene Forderung den öffentlichen Büchern einverleibt ward, und ihre Einbringlichkeit oder Uneinbringlichkeit aus denselben mit Rücksicht auf den Werth der Hypothekarsache und auf die Priorität der darauf eingetragenen Forderung ersehen werden konnte, da überhaupt derjenige, der diese Bücher nicht einsieht, für seine Nachlässigkeit zu leiden hat (§§. 443 u. 928) ***).

---

*) Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 12. April 1854, Z. 3215 in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 45.

**) Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 12. April 1854, Z. 3215, allg. öst. Ger.-Ztg. 1854, Nr. 81.

***) Die öffentlichen Bücher müssen nach ihrer gesetzlichen Beschaffenheit allerdings als geeignet anerkannt werden, über die Einbringlichkeit der grundbücherlich versicherten Forderungen die nothwendige Belehrung zu geben, weil sie nicht nur die bücherliche Priorität, den Betrag der Forderung, und den Umstand nachweisen, ob dieselbe durch Einverleibungen oder Superpränotationen belastet oder verringert sei, sondern auch über den Werth der Hypothek selbst jene Auskunft geben, welche ohne gerichtliche Schätzung und ohne öffentliche Versteigerung möglich ist; denn das Grundbuch enthält nicht nur den rectificatorischen Werth, sondern auch den Veränderungswerth bei Kauf- und Tauschverträgen oder andern Uebertragungen des Eigenthums, und die darauf bezüglichen Urkunden stehen Jedermann zur Einsicht offen. So wie der Uebernehmer einer Tabularforderung aus diesen Umständen, die ihm das Grundbuch darbietet, den Werth der Hypothek in dem Maße entnehmen kann, um die Einbringlichkeit der cedirten Forderung zu beurtheilen, hat auch das Gesetz im §. 1398 des b. G. B. keine nähere Belehrung im Auge, welche der Cessionar aus dem öffentlichen Buche schöpfen könne, weil sonst die Anordnung des §. 1398 eine illusorische und ohne praktische Wirkung wäre, da der Werth einer Realität nur durch gerichtliche Schätzung erhoben werden kann, welche kein

Dagegen würde eine ausdrückliche Zusage des Cedenten auch in diesem Falle seine Haftungspflicht begründen (§. 928).

3) Endlich entfällt die Haftung des Ueberträgers einer Forderung auch dann, wenn dieselbe zur Zeit der Abtretung noch einbringlich war, in der Folge aber durch Zufall (vgl. §. 1311), oder durch das Verschulden des Uebernehmers uneinbringlich wurde. Wann ein solches Verschulden vorhanden sei, muß aus den jeweilig obwaltenden Umständen entnommen werden. Die einzelnen, im §. 1399 aufgeführten Fälle sind als solche anzusehen, welche ein Versehen des Cessionars anzunehmen berechtigen, wozu auch noch die Vernachlässigung der Vorschrift des §. 931 gerechnet werden könnte.

4) Gleich dem Rechtsmittel der Gewährleistung dürfte auch jenes der Verletzung über die Hälfte auf die gegen Entgelt zu Stande gekommenen Cessionen ohne Weiters als anwendbar erscheinen, nur daß hier, da das Gesetz keine abweichenden Anordnungen getroffen hat, die §§. 934 u. 935 als alleinige Richtschnur zu dienen haben (Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 94). Wir können daher der Ansicht Nippel's (Erläut. Bd. 8, III. S. 103) und Winiwarter's (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 75) nicht beipflichten, welche dieses Rechtsmittel deßhalb für ausgeschlossen erachten, weil Forderungen keiner Schätzung fähig seien; denn das Hfd. v. 27. October 1797, Nr. 385 der J. G. S., auf welches sich der erstgenannte Schriftsteller beruft, sagt nur, daß bei Privatforderungen behufs ihrer executiven Feilbietung keine Schätzung stattfinde, und daß sie vielmehr um ihren Nominalwerth (nach §. 478 der ungar. u. siebenb. C. P. O. um neun Zehntheile ihres Capitalsbetrages) auszurufen seien. Hieraus folgt aber noch keineswegs, daß eine Schätzung solcher Forderungen durchaus nicht vorgenommen werden könne; vielmehr bestimmt der §. 51 des k. Pat. v. 9. Decbr. 1850, Nr. 50 des R. G. Bl. ausdrücklich, daß Behufs der Gebührenbemessung Privatschuldverschreibungen in ihrem Nennwerthe anzunehmen seien, daß jedoch sowohl der Steuerpflichtige als die Steuerverwaltung die Bestimmung des Werthes durch gerichtliche Schätzung verlangen könne.

Gegenstand des grundbücherlichen Inhaltes ist, aus diesem daher nicht ersehen werden kann. Es ist die Sache des Uebernehmers, wenn er die aus dem öffentlichen Buche über den Werth der Hypothek und über die Priorität der zu übernehmenden Forderung zu entnehmende Belehrung nicht für genügend erachtet, um sich zu überzeugen, daß er auf die Einbringlichkeit derselben sichere Rechnung machen könne, sich über den ohnehin nach Verschiedenheit der Zeit, der Umstände, der Beschaffenheit der Hypothek veränderlichen Werth derselben durch eine gerichtliche Schätzung oder durch eigene Besichtigung eine bessere Belehrung zu verschaffen oder den Cedenten für jeden Fall urkundlich für die Einbringlichkeit haftend zu erklären. Begnügt sich aber der Uebernehmer mit jener Belehrung, welche die öffentlichen Bücher nach ihrer gesetzlichen Beschaffenheit über die Einbringlichkeit der Forderung geben, so gebührt ihm eben so wie in dem Falle, als er dieselben einzusehen versäumte, obschon er dieß zu thun in der Lage war, rücksichtlich ihrer Uneinbringlichkeit keine Entschädigung, zumal die tägliche Erfahrung lehrt, daß der licitatorische Erlös gewöhnlich weit hinter dem Schätzungswerthe bleibt, und den Ankaufspreis fast niemals erreicht. (Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 13. März 1856, Z. 2351 in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1856, Nr. 70.)

5) Das Wucherpatent hat nach Inhalt des Hfd. v. 18. August 1804, Nr. 679 der J. G. S., auf Cessionen keinen Bezug, doch sind nach §. 11 des Pat. v. 2. December 1803 diejenigen, welche als Cedenten oder Cessionare zur Bemäntelung eines wucherlichen Geschäftes beigetragen haben, für Mitschuldige des Wuchers anzusehen und als solche zu bestrafen.

§. 1400.

Durch die Hinzukunft eines neuen Schuldners kann eine Umänderung der Verbindlichkeit entstehen, wenn der Schuldner an seine Stelle einen Dritten als Zahler stellet, und den Gläubiger an ihn anweiset. 4) Anweisung (Assignation).

Die Umänderung einer bestehenden Verbindlichkeit kann auch dadurch bewirkt werden, daß ein neuer Schuldner an die Stelle des alten tritt (§§. 1345 u. 1375); geschieht dieß ohne Einwilligung des alten Schuldners, so entsteht eine s. g. Expromission, von welcher beim §. 1423 die Rede sein wird. Willigt der alte Schuldner dazu ein, so wird das Geschäft nach unserem Gesetze eine Anweisung (Assignation), nach römischem Rechte eine delegatio *) genannt. Es besteht in einem Auftrage des Schuldners (Assignanten, delegans) an den Gläubiger (Assignatar, delegatarius), eine Zahlung von dem angewiesenen Dritten (Assignat, delegatus) — mag dieser nun ein Schuldner des Anweisenden sein, oder nicht — u. z. für eigene Rechnung zu empfangen, und zugleich in einem Auftrage an den Dritten (Assignaten) dem angewiesenen Gläubiger die gedachte Zahlung zu leisten. Wird sohin in Folge dieses beiderseitigen Auftrages zwischen dem Assignatare und dem Assignaten eine neue Verbindlichkeit begründet, so tritt (wenigstens in der Regel) eine Novation ein, durch welche der alte Schuldner (Assignant) von seiner Verpflichtung befreit (§§. 1401 u. 1407) wird.

§. 1401.

Wenn der angewiesene Gläubiger (Assignatar) den ihm zum Zahler angewiesenen Dritten (Assignaten) anstatt des anweisenden Schuldners (Assignanten) annimmt, und der Assignat einwilliget, so ist die Anweisung (Assignation) vollständig, der Assignatar kann in der Regel (§§. 1406 u. 1407) die Forderung gegen den Assignanten nicht mehr stellen. Vollständige Anweisung;

§. 1402.

So lange diese dreifache Einwilligung nicht vorhanden ist, bleibt die Assignation unvollständig, und sie ist nur für diejenigen Theile wirksam, die mit einander einverstanden sind. unvollständige.

---

*) Const. 3. Cod. de nov. et deleg. (8, 42).

1) Dem Gläubiger kann wider seinen Willen statt des alten Schuldners kein neuer aufgedrungen werden, es ist also zur Begründung einer vollständigen Anweisung vorerst ein Uebereinkommen zwischen dem anzuweisenden Gläubiger und dem anweisenden (alten) Schuldner nothwendig, in welchem sich Ersterer bereit erklärt, den zugewiesenen Dritten als seinen neuen Schuldner anzunehmen; und zwar kann dieß in doppelter Weise geschehen, indem der Gläubiger den Assignaten als Alleinzahler anzunehmen erklärt (§. 1407), dergestalt daß der Assignant dadurch von aller weiteren Haftung befreit würde, — oder indem er sich seine Ansprüche gegen den anweisenden Schuldner vorbehält (vgl. §. 1406).

2) Es ist aber zur Vollständigkeit der Assignation noch weiters erforderlich, daß der angewiesene Dritte (der Assignat) den ihm zu Theil gewordenen Auftrag annehme. Ist er Schuldner des Assignanten, so stellt sich für ihn die Anweisung als eine Cession dar (§. 1408), und so wie zu dieser die Einwilligung des Cessus nicht nothwendig ist, so ist auch in einem solchen Falle der Assignat verpflichtet, dem an ihn ergangenen Auftrage Folge zu leisten, und er wird dafür verantwortlich, wenn er dieß ohne Grund verweigert (§. 1409). Ist dagegen der Angewiesene dem Anweiser nichts schuldig, so steht es ihm vollkommen frei, die Anweisung anzunehmen oder nicht (§. 1403), da Niemand für einen Andern ein Versprechen machen kann (§. 881). Nimmt daher der angewiesene Dritte die Anweisung nicht an, so bleibt diese unvollständig. Nimmt er sie dagegen an, so entsteht dadurch ein Vollmachtsverhältniß zwischen ihm und dem Assignanten. Noch ist aber dadurch kein Obligationsverhältniß zwischen dem Assignaten und dem Assignatare begründet.

3) Damit dieses entstehe, ist ein drittes Uebereinkommen (der §. 1402 sagt daher: „die dreifache Einwilligung") nothwendig, welches eben zwischen dem angewiesenen Gläubiger und dem zugewiesenen Dritten abgeschlossen werden muß, und worin beide einwilligen, sich als Schuldner, beziehungsweise Gläubiger anzuerkennen.

4) So lange dieses dreifache Uebereinkommen nicht vorhanden ist, kömmt die Rechtsregel actus inter duos gestus tertio nec nocet nec prodest zur vollen Anwendung; es ist also die unter Z. 1 od. Z. 2 aufgeführte Verabredung zwar wirksam, aber nur für jene Theile, welche dabei intervenirt haben, und die Assignation wird eine unvollständige genannt. Ist sie dagegen (durch einen dreifachen Vertragsabschluß) eine vollständige geworden, so tritt eine Novation ein, indem die alte Verbindlichkeit des Assignanten gegen den Assignatar erlischt (§§. 1401 u. 1407) und die neue zwischen dem Assignaten und dem Assignatare ihren Anfang nimmt (indem ein neuer Schuldner an die Stelle des alten tritt). In wie fern in einem solchen Falle der Assignant noch weiter zu haften habe, wird sich bei der Erörterung der §§. 1406 u. 1407 zeigen.

5) Für die Form aller in dem Vorigen erwähnten Uebereinkommen ist in unserem bürgerlichen Rechte nirgends etwas Besonderes vorgeschrieben; es bleibt also in Ansehung desselben bei der Regel des §. 883; häufig wird jedoch die Assignation schriftlich abgeschlossen und eine Anweisungsurkunde ausgefertigt, mittelst welcher sich der Assignatar als solcher dem Assignaten gegenüber zu legitimiren im Stande ist.

§. 1403.

Hat der Anweiser einem Dritten, der ihm nichts schuldig ist, die Zahlung aufgetragen, so steht diesem frei, die Anweisung anzunehmen oder nicht. Nimmt er sie nicht an, so kommt keine neue Verbindlichkeit zu Stande; nimmt er sie an, so entsteht ein Vollmachtsvertrag zwischen ihm und dem Assignanten, aber noch kein Vertrag mit dem Assignatar.

Nimmt der angewiesene Dritte, er sei nun Schuldner des Anweisenden oder nicht, das Zahlungsmandat an, so wird er dadurch (dem Assignanten gegenüber) verpflichtet, den Assignatar zu bezahlen, und er wird durch die Leistung der Zahlung entweder von seiner ihm gegen den Assignanten obliegenden Verbindlichkeit befreit, oder erlangt das Recht, von diesem den Ersatz für das Geleistete zu verlangen (§§. 1014 u. 1409).

§. 1404.

Der Assignant kann eine von dem Assignatar noch nicht angenommene Assignation widerrufen. In diesem Falle ist der Assignat aus der Vollmacht nicht mehr befugt, dem Assignatar die Zahlung zu leisten.

1) Aus der Natur des zwischen dem Assignanten und dem Assignaten obwaltenden Vollmachtsverhältnisses geht hervor, daß der Zahlungsauftrag an den Letzteren von dem Anweiser beliebig widerrufen werden kann, in so ferne dadurch nicht etwa die Rechte eines Dritten beeinträchtigt würden; was nach unserem Gesetze dann der Fall ist, wenn der Assignatar die Anweisung bereits angenommen hat. Vor dieser Annahme steht also dem Widerrufe von Seite des Assignanten kein Hinderniß entgegen (§. 1020), selbst wenn die Frist des §. 862, die dem Assignatare zur Annahme der ihm etwa vorgeschlagenen Anweisung zusteht, noch nicht verstrichen wäre, da der §. 1404 dießfalls keine Beschränkung enthält, und das Verhältniß des Assignanten zum Assignaten von jenem des Anweisers zu dem Assignatare wohl unterschieden werden muß.

2) So wie durch Widerruf kann das Zahlungsmandat des Assignanten an den Assignaten auch durch die Aufkündigung des Letztern (§. 1021), dann durch den Tod sowohl des Assignanten als des Assignaten (§. 1022) und durch den Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Einen oder des Andern (§. 1024) wieder aufgehoben werden*), und ist dieß geschehen, so darf der Assignat bei sonstiger Verantwortlichkeit den Assignatar nicht mehr bezahlen.

3) Hat der Assignatar die Anweisung bereits angenommen, so darf (wie schon oben Z. 1 angegeben wurde) der Assignant nicht mehr einseitig

---

*) Vgl. den in der Gerichtshalle, J. 1857, Nr. 35, mitgetheilten Rechtsfall.

davon abgehen, daher auch das Zahlungsmandat nicht mehr widerrufen, wie a contrario aus der Verfügung des §. 1404 hervorgeht. Ob es dagegen von dem Assignaten dessenungeachtet noch aufgekündigt werden könne, wird davon abhängen, ob dieser mit dem Assignatare bereits selbst eine Verbindlichkeit eingegangen hat oder nicht (s. oben S. 638, Z. 3). In dem ersteren Falle dürfte auch der Tod des Assignaten oder Assignanten, so wie der Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Einen oder des Andern keinen Einfluß mehr üben, denn durch die vollständige Assignation ist eine Novation vor sich gegangen, die Verbindlichkeit des Assignanten ist erloschen (§. 1401) und die oben angeführten Ereignisse können sie nicht wieder aufleben machen. Dagegen meinen wir, daß im zweiten Falle, wo die Assignation noch eine unvollständige ist, der Tod so wie der Concurs allerdings ihre aufhebende Wirkung äußern, ungeachtet die Annahme der Anweisung von Seite des Assignatars erfolgt ist *).

§. 1405.

Will der Assignatar die erhaltene Anweisung nicht annehmen, oder wird dieselbe von dem Assignaten nicht angenommen, oder kann sie diesem seiner Abwesenheit wegen nicht vorgezeigt werden, so muß der Assignatar dem Assignanten ohne Verzug davon Nachricht geben; widrigen Falls haftet er dem Assignanten für die nachtheiligen Folgen.

1) Wie wir schon oben (S. 638) bemerkt haben, kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, sich durch eine Anweisung an einen Dritten befriedigen zu lassen, wohl aber legt ihm das Gesetz die Verpflichtung auf, sich über die Annahme oder Nichtannahme der Anweisung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er dem Assignanten für die nachtheiligen Folgen zu haften hat, welche diesem etwa durch eine solche Zögerung zugehen können.

2) Die gleiche Pflicht der Benachrichtigung des Assignanten tritt auch dann ein, wenn der Assignatar die Anweisung zwar angenommen hat, wenn die Annahme derselben aber von dem Assignaten verweigert wird, oder wenn dieser wegen seiner Abwesenheit gar nicht darum angegangen werden kann, damit der Assignant andere Mittel ergreifen könne, um den Gläubiger zu befriedigen und sich dadurch von der Schuld und den damit etwa zusammenhängenden Nebenverbindlichkeiten (Zinsen, Conventionalstrafe) zu befreien, allenfalls auch gegen den Assignaten, wenn dieser sein Schuldner ist, die nöthigen Sicherstellungsmittel zu ergreifen **).

---

*) ... Ei ... cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur. fr. 108. Dig. de solut. (46, 3).

**) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 80.

§. 1406.

Hat der Assignatar und der Assignat die Anweisung angenommen, letzterer leistet aber die Zahlung nicht zur gehörigen Zeit, so haftet der Assignant dem Assignatar dafür unter den nämlichen Beschränkungen, unter welchen der Cedent dem Uebernehmer für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zu haften hat (§§. 1397 u. 1399).

§. 1407.

Hat jedoch der Assignatar den Assignaten als Alleinzahler anzunehmen sich ausdrücklich oder stillschweigend dadurch erklärt, daß er seinem bisherigen Schuldner quittirt, oder ihm die Schuldurkunde ausgehändiget hat, so wird der Assignant von aller Haftung gegen ihn befreiet.

1) Streng genommen sollte bei der vollständigen Assignation der Assignant jedenfalls von aller weiteren Haftung befreit werden, da durch dieselbe eine Novation vor sich geht, welche die bestandene Verbindlichkeit aufhebt *); doch ist dieß nach unserem Gesetze nur dann der Fall, wenn der Assignatar erklärt hat, den Assignaten als Alleinzahler annehmen zu wollen. Diese Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend (§. 863) erfolgen, und es ist insbesondere als eine solche stillschweigende Erklärung anzusehen, wenn der Assignatar seinem bisherigen Schuldner quittirt, oder wenn er ihm die Schuldurkunde aushändigt, weil diese Acte nach §§. 1426 u. 1428 nur im Falle einer wirklich von dem Schuldner geleisteten Zahlung vorgenommen zu werden pflegen.

2) Hat der Assignatar den Assignaten nicht als Alleinschuldner anerkannt, so bleibt seine Forderung an den Assignanten aufrecht, und er kann sie allerdings noch ferner geltend machen, wenn er von dem Assignaten seine Befriedigung nicht erhält. Es waltet ein ähnliches Verhältniß, wie bei der Cession ob, wo dem Cedenten gleichfalls im Allgemeinen die Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung auferlegt erscheint (§. 1397); doch entfällt diese Haftung dort, wie hier, wenn dem Assignatare rücksichtlich der Einbringung der angewiesenen Forderung dem Assignaten gegenüber ein Versehen zur Last fällt (§§. 1406 u. 1397), wohl auch dann, wenn dieselbe nur durch Zufall uneinbringlich wurde, oder wenn sich der Assignatar über die Einbringlichkeit derselben aus den öffentlichen Pfandbüchern belehren konnte **).

---

*) Quodsi delegatione facta, jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita, a debito liberatus sis. Const. 3. Cod. de nov. (8, 42).

**) Das Gesetz erwähnt zwar nur in der Citation am Schlusse des §. 1406, der §§. 1397 und 1399, mit Uebergehung des §. 1398, allein es ist

§. 1408.

Wenn der Assignant seinem Schuldner als Assignaten die Zahlung nur in eben dem Maße, als er sie ihm zu leisten schuldig war, aufträgt, und den Assignatar an ihn zum Empfange anweiset, so gilt dem Assignatar die Assignation als eine Abtretungsurkunde, und es tritt zwischen ihm und dem Assignaten eben das Verhältniß ein, welches zwischen dem Uebernehmer einer Forderung und dem übernommenen Schuldner, dem der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist, Statt findet.

Ist der Assignat Schuldner des Assignanten, so muß er sich, wie schon oben (S. 638) bemerkt wurde, die Assignation gefallen lassen, in soweit ihm dadurch keine andere Leistung auferlegt wird, als welche er an den Assignanten zu machen gehabt hätte. Die Assignation erscheint für ihn als eine Cession, zu welcher die Einwilligung des Cessus nicht erforderlich ist, und es kommen dießfalls die Bestimmungen des §. 1396 zur Anwendung; der Assignat kann daher dem Assignatare auch alle Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den Anweisenden zustanden, vorausgesetzt, daß er nicht etwa die Richtigkeit der angewiesenen Forderung dem Assignatare gegenüber anerkannt hat.

§. 1409.

Wenn der Assignat über eine solche Assignation, die zugleich eine Cession in sich begreift, die Zahlung ohne Grund verweigert, oder wenn ein Assignat überhaupt, nachdem er dem Assignatar die Zahlung zugesagt hat, damit zögert, so haftet

---

kein Grund abzusehen, warum nicht auch die Fälle des letzterwähnten Paragraphen hierherbezogen werden sollten. Ueberdieß ist ja der Grundsatz, von dessen Anwendung der §. 1399 nur einige Beispiele gibt, eigentlich in dem Schlußsatze des §. 1398 enthalten; endlich heißt es im Contexte des §. 1406 allgemein, daß der Assignant dem Assignatare unter den nämlichen Beschränkungen hafte, wie der Cedent dem Cessionare, ohne die erste und zweite Beschränkung des §. 1398 auszunehmen; es scheint also nur in der Citation des Paragraphen ein Irrthum unterlaufen zu sein, und es dürfte statt 1397 und 1399 heißen: 1397 bis 1399. — Winiwarter behauptet (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 81), daß die Haftung des Assignanten auch dann entfalle, wenn die Assignation eine Schenkung zum Zwecke hatte. Wir sehen aber nicht, wie dieß leicht der Fall sein könnte. Unser Gesetz bezeichnet dieselbe nämlich als eine Umänderung in der Person des Schuldners, setzt also voraus, daß der Assignant Schuldner des Assignatars sei. Tritt nun die Assignation und zwar eine vollständige Assignation hinzu, so wird die Verbindlichkeit des neuen Schuldners an die Stelle der alten gesetzt, der Assignant mithin von seiner Verbindlichkeit befreit, und hierin liegt das Entgelt für die Assignation. Diese erscheint demnach immer als ein entgeltliches Geschäft, wie die Gebung an Zahlungsstatt (§. 1414), wenn auch die ursprüngliche (novirte) Schuld auf einem unentgeltlichen Rechtstitel (einer Schenkung) beruhte.

er für die Folgen. Hat er hingegen die auf sich genommene Zahlung in gehöriger Art, und in einem größeren Betrage, als er dem Assignanten schuldig war, geleistet, so gebührt ihm von diesem der Ersatz (§. 1014).

1) Nimmt der Assignat die Anweisung nicht an, so kömmt zu unterscheiden, ob er ein Schuldner des Anweisenden ist, oder nicht (§. 1403). Im ersten Falle wird er diesem für die Folgen seiner (ungegründeten) Weigerung verantwortlich, und hat daher den Nachtheil zu ersetzen, der dem Assignanten (z. B. durch die Pflicht zur Zahlung der Verzugszinsen, einer Conventionalstrafe u. dgl.) daraus erwächst. — Im zweiten Falle dagegen kann ihn keine wie immer geartete Haftung treffen, da ihm eine solche von dem Assignanten nicht einseitig aufgebürdet werden kann. Dem Assignatare aber wird er weder in dem einen, noch in dem andern Falle verantwortlich, weil er mit ihm in keinem Obligationsverhältnisse steht.

2) Hat der Assignat zwar das Zahlungsmandat angenommen (§. 1403), mit dem Assignatare aber noch keinen Vertrag abgeschlossen (§§. 1401 u. 1402), so kann ihn diesem gegenüber noch immer keine Verantwortlichkeit treffen, wohl aber wird er in Folge des eingetretenen Vollmachtsverhältnisses seinem Mandanten haftbar (§§. 1009 u. 1012).

3) Hat der Assignat endlich dem Assignatare die Zahlung zugesagt, so ist er zu ihm bereits in ein obligatorisches Verhältniß getreten; es treffen ihn somit alle Folgen einer Zögerung, welche das Gesetz überhaupt mit einer solchen verbindet (vgl. §§. 1333 u. ff.). Dem Assignanten wird er in einem solchen Falle nur dann haften, wenn dieser selbst noch dem Assignatare verantwortlich blieb (§. 1406) und letzterer sich im Regreßwege an ihn wendet.

4) Wurde endlich von Seite des Assignaten nicht nur die Anweisung angenommen, sondern auch wirklich Zahlung geleistet, so stehen ihm gegen den Assignanten alle Rechte zu, welche das Gesetz (§. 1014) dem Machthaber gegen den Machtgeber einräumt; er kann also von ihm den Ersatz des gemachten Aufwandes begehren, wenn dieser nicht schon in der Tilgung seiner eigenen ihm gegen den Anweiser obliegenden Verbindlichkeit gelegen erscheint.

§. 1410.

Handelsleute halten sich in Rücksicht der Anweisungen an die besonderen, für sie bestehenden Vorschriften.

Die Bestimmungen hierüber sind vornehmlich in den Art. 40 u. 41 der Wechselordnung v. 10. October 1763 und in dem Hofkammerdecrete v. 4. October 1802, Nr. 576 der J. G. S., enthalten.

Drittes Hauptstück.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 1411.

Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten.

Rechte und Verbindlichkeiten stehen in einem solchen Zusammenhange, daß mit Erlöschung des Rechtes die Verbindlichkeit, und mit Erlöschung der letzteren das Recht aufgehoben wird.

1) Wiewohl das Hauptstück von der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte eingereiht erscheint, so behandelt es doch, gleich den beiden vorhergehenden Hauptstücken, großentheils nur die persönlichen Sachenrechte, während der Aufhebung der Personenrechte und der dinglichen Sachenrechte bereits am geeigneten Orte Erwähnung geschah (vgl. §§. 32, 111 ff., 133—135, 172—178, 249—261, 283, 349—352, 392, 397, 412, 444, 467—479, 525—529, 551, 615, 726, 805 u. a. m.).

2) Was die persönlichen Sachenrechte insbesondere betrifft, so wird die denselben entsprechende Verbindlichkeit zunächst durch die Leistung dessen aufgehoben, was den eigentlichen Inhalt derselben ausmacht (durch die Zahlung, §§. 1412—1437); die gleiche Wirkung muß aber auch einer andern Befriedigung des Gläubigers (der Gebung an Zahlungsstatt, §. 1414; der Compensation, §. 1438—1443) zugeschrieben werden; endlich gibt es noch außerdem Erlöschungsarten, welche auch ohne Befriedigung die Aufhebung der Obligation herbeiführen (Entsagung, §. 1444; Vereinigung, §§. 1445 u. 1446; Untergang der Sache, §. 1447; Tod, §. 1448; Zeitverlauf, §. 1449 und Verjährung, IV. H. St.).

3) Nebst den in den eben erwähnten Paragraphen aufgeführten Erlöschungsarten gibt es aber noch andere, deren in dem vorliegenden Hauptstücke nicht insbesondere Erwähnung geschieht, und die nach den, an verschiedenen Stellen des Gesetzbuches darüber enthaltenen Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Wir glauben folgende Fälle hierher rechnen zu können: a) die Befreiung des Schuldners durch eine testamentarische Verfügung seines Gläubigers (das legatum liberationis, §§. 663 u. 666); b) den Eintritt einer auflösenden Bedingung, von welcher der Verlust eines Rechtes abhängig gemacht wurde (§§. 897 und 696); c) eine entgegengesetzte Uebereinkunft der Contrahenten (mutuus dissensus), den Vertrag so aufzuheben, als ob er niemals bestanden

hätte (§. 920); d) den einseitigen Widerruf wegen Treulosigkeit des Paciscenten (§§. 919, 978, 1117, 1118, 1153, 1154, 1166, 1210), oder aus andern Gründen (wovon bei den einzelnen Verträgen mehrfältige Beispiele vorkommen); e) Aufhören des Rechtes des Concedenten (§§. 527, 1120 u. dgl.); f) die Novation im weiteren Sinne und alle Unterarten derselben; also den Neuerungsvertrag (§§. 1376 u. ff.), den richterlichen Ausspruch (s. ob. S. 611), den Vergleich (§§. 1380 u. ff.), die Cession (§. 1396) und die Assignation (§§. 1401 u. 1407); endlich g) das Erlöschen der Hauptverbindlichkeit in Beziehung auf die damit verknüpften Nebenverbindlichkeiten (§§. 469, 1363 u. a. m.). Die im römischen Rechte noch weiter vorkommenden Aufhebungsarten der Concurrenz zweier lucrativer Erwerbstitel (Thibaut a. a. O. §. 604 u. Puchta, a. a. O. §. 288) und der Verwirkung durch den Schuldner (Puchta, a. a. O. §. 301) sind dem österreichischen Rechte fremd.

§. 1412.

Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, das ist, durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöset (§. 469). 1) Durch die Zahlung.

§. 1413.

Gegen seinen Willen kann weder der Gläubiger gezwungen werden, etwas Anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner, etwas Anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist. Dieses gilt auch von der Zeit, dem Orte und der Art, die Verbindlichkeit zu erfüllen. Wie die Zahlung zu leisten;

1) Die gewöhnlichste Aufhebungsart der Verbindlichkeit ist die Leistung dessen, was der Verpflichtete (der Schuldner) zu leisten schuldig ist, mag dieß in einem Gestatten, Geben, Thun oder Unterlassen bestehen (§. 861). Das Gesetz bezeichnet diese Erlöschungsart mit dem Namen der „Zahlung" (solutio) *), wiewohl sich dieser Ausdruck (verwandt mit Zählen) zunächst auf die Leistung einer Geldschuld bezieht.

2) Damit die Zahlung eine Erlöschung der Verbindlichkeit herbeiführe, muß gerade derjenige Gegenstand geleistet werden, auf welchen die Forderung des Gläubigers gerichtet erscheint. Es kann also dieser nicht gezwungen werden, wider seinen Willen etwas Anderes anzunehmen (s. die Ausnahme im §. 1414), sondern es bleibt ihm unbenommen, durch die erforderlichen gerichtlichen Zwangsmittel auf die genaue Erfüllung der Verbindlichkeit (also z. B. Uebergabe der bestimmten Sache, Leistung oder

*) Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet; solvere dicimus eum, qui id facit, quod facere promisit. fr. 176. Dig. de verb. sign. (50, 16).

Gestattung einer bestimmten Handlung u. dgl.) zu bringen *); und selbst die Bereitwilligkeit des Schuldners, das volle Interesse zu leisten, kann diesen nicht von seiner Verpflichtung befreien. Ingleichen kann der Schuldner verhalten werden, zur gehörigen Zeit (§§. 1417 u. 1418), am gehörigen Orte (§. 1420) und in der gehörigen Art zu leisten.

3) Eben so wenig als der Gläubiger gezwungen werden kann, etwas Anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, eben so wenig kann auch der Schuldner genöthiget werden, etwas Anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist, und es gilt in Ansehung seiner gleichfalls die Bestimmung des §. 1413, daß sich der eben angeführte Grundsatz auch auf die Zeit, den Ort und die Art der Leistung beziehe.

4) Zum Begriffe der Zahlung wird nach der Ansicht der Civilisten noch weiter erfordert, daß die Leistung in der Absicht geschehe, die Schuld zu tilgen, widrigens der Gläubiger nur jene Rechte erhält, welche der Schuldner ihm einräumen wollte, so daß also z. B. der Käufer einer Sache, welchem dieselbe nur als Lehnstück übergeben wurde, auch lediglich die Befugnisse eines Entlehners erhielte **). Unser b. G. B. trifft diese Verfügung zwar nicht ausdrücklich in der Lehre von der Zahlung, doch scheint sie aus der Natur der Sache und aus dem Grundsatze des §. 319 zu folgen, vermöge dessen der Inhaber einer Sache nicht berechtigt ist, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln.

§. 1414.

Wird, weil der Gläubiger und der Schuldner einverstanden sind, oder weil die Zahlung selbst unmöglich ist, etwas Anderes an Zahlungsstatt gegeben, so ist die Handlung als ein entgeltliches Geschäft zu betrachten.

1) Was nicht wider den Willen des Gläubigers oder Schuldners geschehen darf, kann allerdings mit ihrer beiderseitigen Einwilligung Platz greifen; sie können sich also dahin vereinigen, statt der zu leistenden Sache etwas Anderes an Zahlungsstatt zu geben. Auf diese Weise wird der Hauptgegenstand der Forderung verwechselt, mithin ein Neuerungsvertrag abgeschlossen, der nach §§. 1376 u. ff. zu beurtheilen kömmt.

2) Eine Umänderung in den Zahlungsmodalitäten wird aber auch ohne Einwilligung der Parteien dann nothwendig, wenn der eigentliche Gegenstand der Forderung nicht geleistet werden kann, ohne daß die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung die Verbindlichkeit des Schuldners ganz aufhebt; wie wenn z. B. bei dem Vermächtnisse einer fremden

---

*) Tollitur . . . obligatio solutione ejus, qnod debetur. pr. Inst. quib. mod. obl. (3, 29). — . . . aliud pro alio invito creditori solvi non potest. fr. 2. §. 1. Dig. de reb. cred. (12, 1). — Eum, a quo mutuam sumsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli, juris ratio non permittit. Const. 16. Cod. de solut. (8, 43).

**) Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur. fr. 55. Dig. de solut. (46, 3). — Vgl. Puchta, a. a. O. §. 287. — Thibaut, a. a. O. §. 580.

Sache der Eigenthümer dieselbe um den Schätzungspreis nicht veräußern will (§. 662), oder wenn der zu leistende Gegenstand durch ein Verschulden des Verpflichteten zu Grunde geht (vgl. §. 1447), wenn die zu zahlenden Münzsorten außer Umlauf gesetzt worden wären (§. 989) u. dgl. m. Was in solchen Fällen an die Stelle der ursprünglichen Leistung zu treten hat, ist theils schon im Gesetze selbst bestimmt (wie z. B. in den Fällen der §§. 662 u. 989), theils muß es durch das Uebereinkommen der Parteien, oder wo ein solches nicht erzielt werden könnte, durch den Ausspruch des Richters festgesetzt werden, den hierbei im Allgemeinen der Grundsatz zu leiten hat, daß der gemeine Werth (§. 306) an die Stelle des zu leistenden Gegenstandes zu treten habe.

3) Die Gebung an Zahlungsstatt wird im Schlußsatze des §. 1414 überhaupt als ein entgeltliches Geschäft erklärt, ohne Unterscheidung, ob die Leistung, die sie ersetzen soll, auf einem entgeltlichen oder unentgeltlichen Titel beruhte *); das Entgelt liegt nämlich hierin jederzeit in Aufhebung der alten Verbindlichkeit. Wenn daher z. B. der Geschenkgeber, der Jemandem einen Ring versprochen hatte, mit dem Beschenkten übereinkömmt, ihm statt des Ringes eine Dose zu geben, so ist das Geschäft (die Gebung an Zahlungsstatt) eben so gut ein entgeltliches, wie wenn ursprünglich ein Kauf zum Grunde gelegen wäre; das Entgelt besteht darin, daß der Zahlende durch die Uebergabe der Dose von der Verbindlichkeit, den Ring zu leisten, befreit wird. Die Folge hiervon ist, daß bei der Gebung an Zahlungsstatt sowohl die Gewährleistung **), als auch das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte Platz greift.

§. 1415.

Der Gläubiger ist nicht schuldig, die Zahlung einer Schuldpost theilweise, oder auf Abschlag anzunehmen. Sind aber verschiedene Posten zu zahlen, so wird diejenige für abgetragen gehalten, welche der Schuldner, mit Einwilligung des Gläubigers tilgen zu wollen, sich ausdrücklich erklärt hat.

§. 1416.

Wird die Willensmeinung des Schuldners bezweifelt, oder von dem Gläubiger widersprochen, so sollen zuerst die

---

*) Wenn Ellinger in seinem Handb. S. 529 sagt: „aus dem Schlußsatze des §. 1414 folge, daß auf eine solche Leistung an Zahlungsstatt die Grundsätze über die Gewährleistung ꝛc. Anwendung zu finden haben; vorausgesetzt, daß die Hauptverbindlichkeit selbst ein Recht auf dieselbe begründete," so ist diese Behauptung doppelt irrig; denn einerseits ist von keiner Haupt- und Nebenverbindlichkeit die Rede, und anderseits kömmt es auf den Titel der ursprünglichen Verbindlichkeit durchaus nicht an, wie aus den im Contexte gemachten Bemerkungen erhellen dürfte.

**) Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuit res, manet pristina obligatio. fr. 46. pr. Dig. de solut. (46, 3).

Zinsen, dann das Capital, von mehreren Capitalien aber dasjenige, welches schon eingefordert, oder wenigstens fällig ist, und nach diesem dasjenige, welches schuldig zu bleiben dem Schuldner am meisten beschwerlich fällt, abgerechnet werden.

1) Aus dem Principe des §. 1413 folgt die erste, im §. 1415 enthaltene Bestimmung, daß dem Gläubiger keine theilweise Zahlung (Abschlagszahlung) aufgedrungen werden darf *), und dieß zwar selbst dann nicht, wenn der Schuldner Vorauszahlungen leisten wollte, durch welche die Forderung bis zur Verfallzeit gänzlich getilgt würde **), da überhaupt eine Zahlung vor der Zeit ohne Einwilligung des Berechtigten nicht statthaft erscheint.

2) Verschieden hiervon ist der Fall, wenn der nämliche Gläubiger von einem und demselben Schuldner mehrere Posten zu fordern hat, und die Zahlung nicht zur Tilgung aller hinreicht. Hier kann zuvörderst der Schuldner selbst bestimmen, welche Schuld er abtragen will ***); der Gläubiger mag die übrigen Forderungen, wenn sie gleichfalls fällig sind, durch die geeigneten Zwangsmittel eintreiben, dem Gezahlten aber eine andere, von der Willensmeinung des Schuldners abweichende Bestimmung zu geben, ist er durchaus nicht berechtigt †). — Hat sich dagegen der Schuldner nicht ausgesprochen, welche Forderung er durch die geleistete Zahlung getilgt wissen wolle, so kann dieß nur durch nachträgliches Uebereinkommen bestimmt werden; eine einseitige Erklärung des Schuldners würde in diesem Falle nicht mehr genügen, sondern der Gläubiger könnte verlangen, daß die Abrechnung nach der im §. 1416 angeordneten Stufenfolge geschehe.

3) Derselben zu Folge wird das Gezahlte a) zuvörderst auf die Zinsen und dann erst auf das Capital abgerechnet, da die Zinsen, als eine bloße Nebenverbindlichkeit, mit der Hauptschuld erlöschen würden, und da eine Verzögerung in der Zinsenzahlung auch nicht einmal durch die Leistung von Verzugszinsen wieder ausgeglichen werden kann ††). — Sind keine

---

*) Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur; et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. fr. 13. §. 8. Dig. de act. emt. etc. (19, 1). — Vgl. auch fr. 41. §. 1. Dig. de usur. (22, 1) und const. 9. Cod. de solut. (8, 43).

**) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 132.

***) Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum; possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus. fr. 1. Dig. de sol. (46, 3). Vgl. auch fr. 101. §. 1 u. fr. 102. §. 1. ibd.

†) In diesem Sinne wurde auch ein in der allg. öst. Ger.-Ztg. J. 1856, Nr. 46, mitgetheilter Rechtsfall durch alle drei Instanzen entschieden (Erkenntniß d. oberst. Gerichtshofes v. 20. Juni 1855, Z. 5670). — Wenn es im §. 1415 heißt „mit Einwilligung des Gläubigers," so kann sich dieß nur auf den Fall beziehen, wo die Einwilligung des Gläubigers zur Annahme der Zahlung überhaupt nothwendig ist, z. B. wenn eine noch nicht fällige Forderung berichtigt werden wollte.

††) In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. Quodsi debitor id

Zinsen ausständig, so ist b) die fällige Schuld vor der nicht fälligen als getilgt anzusehen, da der Gläubiger überhaupt nicht einmal gezwungen werden könnte, eine Zahlung vor der Zeit anzunehmen *); sind mehrere Posten fällig und hat der Gläubiger bereits eine davon eingefordert, so ist es c) der Natur der Sache ganz angemessen, wenn das Gesetz vermuthet, daß sich der Schuldner dem Andringen des Gläubigers gefügt, und die eingemahnte Forderung zu tilgen beabsichtigt habe. d) Gibt endlich auch dieses Moment keinen Ausschlag, so hat die Abrechnung auf diejenige Post zu geschehen, welche dem Schuldner schuldig zu bleiben am meisten beschwerlich fällt **). Welche von mehreren Posten als die lästigere und welche als die minder lästige zu betrachten sei, muß aus den obwaltenden Umständen entnommen werden; im Allgemeinen würde z. B. eine verzinsliche Schuld vor einer unverzinslichen, eine durch Pfand versicherte vor einer unversicherten, eine Forderung, deren Nichterfüllung mit einer Conventionalstrafe bedroht ist, vor einer andern, bei der dieß nicht der Fall ist, als getilgt anzusehen sein ***). — Wenn alles gleich ist, so erlischt nach römischem Rechte von jeder Forderung ein verhältnißmäßiger Theil †); nach österreichischem Rechte scheint dieß aber nicht behauptet werden zu können, und es müßte daher in einem solchen Falle, wenn die Parteien nicht einig werden könnten (was wohl nicht leicht Platz greifen dürfte) der Richter entscheiden.

§. 1417.

Wenn die Zahlungsfrist auf keine Art bestimmt ist, so tritt die Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen, erst mit dem Tage ein, an welchem die Einmahnung geschehen ist (§. 904). wann;

---

non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id, quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur. Const. 1. Cod. de solut. (8, 43). — Vgl. auch fr. 5. §. 2. Dig. h. t. (46, 3).

*) Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, Julianus elegantissime putat, ex ea causa eum solvisse videri debere, ex qua tunc, quum solvebat, compelli poterat ad solutionem. fr. 103. Dig. l. c. (46, 3); s. auch fr. 3. §. 1. ibd.

**) In his, quae praesente die dabantur, constat, quoties indistincte quid solvitur, in graviorem causam videri solutum. fr. 5. pr. Dig. l. c. (46, 3). Nippel (Erläut. Bd. 8, II. S. 134) meint, daß unter mehreren bereits fälligen Forderungen die ältere vor der jüngeren als getilgt anzusehen sei; allein abgesehen davon, daß selbst nach römischem Rechte das Alter der Forderung erst dann den Ausschlag gibt, wenn keine lästiger als die andere ist (si autem nulla praegravet — fährt die angeführte Stelle fort — id est si omnia nomina similia fuerunt, in antiquiorem), so hat unser b. G. B. dieses Moment der Entscheidung gar nicht aufgenommen, es kann daher nicht als maßgebend angesehen werden.

***) Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante, potior habebitur causa ejus pecuniae, quae sub infamia debetur, mox ejus, quae poenam continet, tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est. fr. 97. Dig. l. c. (46, 3).

†) Illud non ineleganter scriptum esse, Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum. fr. 8. Dig. l. c. (46, 3).

§. 1418.

In gewissen Fällen wird die Zahlungsfrist durch die Natur der Sache bestimmt. Alimente werden wenigstens auf Einen Monat voraus bezahlt. Stirbt der Verpflegte während dieser Zeit, so sind dessen Erben nicht schuldig, etwas von der Vorausbezahlung zurück zu geben.

1) Wie schon oben angedeutet wurde, muß die Zahlung auch zur gehörigen Zeit geleistet werden, und es ist der Gläubiger weder verpflichtet, vor eingetretener Verfallzeit die Zahlung anzunehmen, noch über diesen Zeitpunkt hinaus zuzuwarten. Welche Verantwortlichkeit den Schuldner treffe, wenn er mit der Zahlung zögert, ist bereits oben (S. 560 d. W.) erörtert worden.

2) Die Verfallzeit wird gemeiniglich a) durch die Verabredung der Parteien (§. 902), oder b) durch letzten Willen (§. 887) bestimmt; in gewissen Fällen entscheidet c) die Natur der Sache, wie wenn z. B. Lampen zu einer bevorstehenden Beleuchtung angeschafft, Kleider zu einer Hochzeit, Materialien zu einem vorzunehmenden Baue bestellt worden u. dgl. m. In solchen Fällen ist eine stillschweigende Willenserklärung vorhanden (§. 863), die eben so gut, wie die ausdrückliche, als maßgebend angesehen werden muß. — d) An mehreren Orten hat auch das Gesetz die Zahlungsfrist normirt, so z. B. in den §§. 239, 685, 1100, 1132, 1156, 1225, 1242, 1285 u. s. f. Diesen Verfügungen ist noch jene des §. 1418 anzureihen, zu Folge welcher Alimente, sie mögen aus dem Gesetze (§§. 91, 141, 143, 154, 166, 795, 796), aus einem letzten Willen (§. 672), oder aus einem Vertrage gebühren, immer auf einen Monat voraus bezahlt werden müssen, da sie ihrem Begriffe nach zur Bestreitung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse dienen sollen, und der Unterhaltsberechtigte oft keine andere Quelle hat, aus welcher er jene Auslagen zu bezahlen im Stande wäre *). Das Recht auf jede einzelne dieser Raten wird mit dem Anfallstage erworben (vgl. auch §§. 687 u. 903); es ist daher ganz folgerichtig, daß die Erben des Alimentirten, wenn dieser im Laufe des Monats, für welchen ihm die Vorauszahlung geleistet wurde, gestorben ist, nichts zurückzuerstatten haben; ja sie könnten sogar, wenn die Zahlung noch nicht geleistet worden wäre, die Alimente für den Sterbemonat nachträglich begehren, da das Versäumniß dem Schuldner nicht zum Vortheile gereichen soll. — e) In welcher Weise von Seite des Richters die Zahlungszeit für eine dem Kläger zuerkannte Forderung zu bestimmen sei, ist in den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren enthalten.

3) Ist gar keine Zeit zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bestimmt worden, so verfügt der §. 904, daß die Zahlung sogleich, d. i. ohne unnöthigen Aufschub gefordert werden könne. Geschieht dieß, findet also von Seite des Gläubigers eine gerichtliche oder außergerichtliche Einmah-

---

*) Der Witwengehalt muß nach §. 1442 sogar auf drei Monate in vorhinein entrichtet werden.

nung statt, so wird dadurch die Fälligkeit der Forderung herbeigeführt, und es beginnt sohin mit dem, auf die Einmahnung folgenden Tage (wegen der Verfügung des §. 903) das Versäumniß des Schuldners (§. 1334, s. oben S. 560 d. W.). Wie die Verfallzeit dann zu bestimmen sei, wenn der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkühr vorbehalten hat, ist im §. 904 (s. oben S. 80 d. W.) angegeben; eine andere Frage ist aber, was dann Rechtens sei, wenn der Gläubiger einen solchen Vorbehalt gemacht hat, oder ob überhaupt, wenn keine Zahlungszeit bestimmt ist, der Schuldner berechtiget sei, die Zahlung auch vor erfolgter Einmahnung von Seite des Gläubigers zu leisten? Es scheint, daß diese Frage verneinend beantwortet werden müsse; denn die eben angedeutete Vorschrift des §. 904, die nur die Person des Schuldners berücksichtigt, findet bei der wesentlichen Verschiedenheit des obwaltenden Verhältnisses auf den Gläubiger keine Anwendung. Es scheint daher im Gegentheile der Grundsatz als Richtschnur dienen zu müssen, daß Niemand, den Fall einer Berühmung ausgenommen, zur Geltendmachung seines Rechtes verhalten werden könne (Hfd. v. 28. December 1791, Nr. 234 der J. G. S.), sondern daß es seinem Belieben anheimgestellt bleibe, von demselben Gebrauch zu machen, oder es auch unausgeübt zu lassen (vgl. §. 362) *), so daß nur die Verjährungszeit hier als Grenze dient.

§. 1419.

Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen die widrigen Folgen auf ihn.

1) Zögert der Gläubiger, die Zahlung anzunehmen, so ist eine mora accipiendi vorhanden, vorausgesetzt natürlich, daß ihm die Zahlung in der Art angeboten wurde, wie er sie zu fordern berechtiget war **). In einem solchen Falle steht es dem Schuldner bevor, die gerichtliche Hinterlegung der Schuld nach §. 1425 zu erwirken, und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Den Gläubiger können aber noch andere widrige Folgen treffen, nämlich die Pflicht zum Ersatze des dem Schuldner durch seine Zögerung verursachten Schadens (§§. 1047, 1064, 1155); ferner daß dieser in manchen Fällen berechtiget wird, auch seinerseits mit der ihm obliegenden Leistung zurückzuhalten (§§. 1052, 1062).

2) Damit diese Wirkungen des Versäumnisses eintreten, wird nicht gefordert, daß der Gläubiger sich im Verschulden befinde, sondern sie

---

*) J. Turnes: Kann der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger aufkündigen, oder die Zahlung vor erfolgter Einmahnung mit rechtlicher Wirksamkeit anbieten? (Jurist, Bd. 4. S. 52.) — Eine Bestätigung der Richtigkeit dieser Ansicht glauben wir darin zu finden, daß das Gesetz dort, wo es das Bedürfniß des Verkehres erheischt, daß der Schuldner nicht durch die ganze Verjährungszeit in Haftung bleibe, — eine besondere Vorkehrung getroffen hat, wie dieß in den Art. 19 u. 31 der Wechselordnung v. 1. Mai 1850 geschehen ist.

**) Vgl. fr. 122. Dig. de verb. oblig. (45, 1); fr. 39. Dig. de solut. (46, 3).

treffen ihn auch dann, wenn die Zahlung durch einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, verhindert wurde (s. §. 1155).

§. 1420.

Wenn der Ort und die Art der Leistung nicht bestimmt sind, so müssen die oben (§. 905) aufgestellten Vorschriften angewendet werden. Zahlungen, die außer dem Falle eines Vertrages zu leisten sind, ist der Schuldner nur am Orte seines Wohnsitzes abzuführen schuldig.

An welchem Orte und in welcher Art ein Vertrag erfüllt werden müsse, ist in den §§. 905—907 enthalten; es können aber auch außerhalb eines Vertrages, z. B. in Folge einer letztwilligen Anordnung, oder im Wege der Schadloshaltung u. dgl. Zahlungen zu leisten sein, und für diese bestimmt der §. 1420, daß die Zahlung nur am Wohnorte des Schuldners gefordert werden könne, wo derselbe (wie Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 125 bemerkt) gewöhnlich den Gegenstand zur Hand hat, leichter Credit findet, und gemeiniglich belangt oder executirt zu werden pflegt. Nach diesem Orte richtet sich dann auch die Art der Zahlung, insbesondere was das Maß, das Gewicht und die Geldsorten betrifft.

§. 1421.

Von wem;

Auch eine Person, die sonst unfähig ist, ihr Vermögen zu verwalten, kann eine richtige und verfallene Schuld rechtmäßig abtragen, und sich ihrer Verbindlichkeit entledigen. Hätte sie aber eine noch ungewisse, oder nicht verfallene Schuld abgetragen, so ist ihr Vormund oder Curator berechtiget, das Bezahlte zurück zu fordern.

1) Nach strengem Rechte sollte die von einem Pupillen oder Curanden ohne Intervention seines gesetzlichen Vertreters geleistete Zahlung als unwirksam erscheinen, da sie einen Act der Vermögensverwaltung enthält, die solchen Personen eben nicht zusteht *). Unser G. B. hat aber von diesem Grundsatze in so ferne eine Ausnahme gemacht, als die geleistete Zahlung jedenfalls auch durch den gesetzlichen Vertreter (Vater, Vormund oder Curator) hätte vorgenommen werden müssen (wenn also die Schuld nicht nur liquid, sondern bereits auch fällig war), weil dadurch die Lage des Pflegebefohlenen nicht verschlimmert, sondern nach Umständen eher verbessert wird, indem mit der Aufhebung der Verbindlichkeit die Pflicht zur Zinsenzahlung u. dgl. entfällt. Dieß scheint, da das Gesetz nicht (wie im

---

*) . . . pupilli vel pupillae solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est. §. 2. Inst. quib. alien. lic. (2, 8).

§. 865) unterscheidet, sogar auch dann zu gelten, wenn der Zahlende ein Kind von sieben Jahren ist, oder des Vernunftgebrauches ermangelt *).

2) Anders gestaltet sich die Sache, wenn die bezahlte Schuld noch ungewiß war, indem sie z. B. von einer noch nicht erfüllten Bedingung abhing, oder wenn zum mindesten die Verfallzeit noch nicht eingetreten ist. Hier könnte der Pflegebefohlene allerdings durch die voreilige Zahlung zu Schaden kommen, denn die ungewisse Forderung kann möglicher Weise gar nicht zur Existenz gelangen, wenn die Schuld aber noch nicht fällig war, konnte der geleistete Gegenstand vielleicht in der Zwischenzeit noch zum Nutzen des Pupillen oder Curanden verwendet werden; das Gesetz gestattet daher dem Vertreter desselben, das Bezahlte zurückzufordern, wenn er dieß im Interesse seines Pflegebefohlenen erachtet.

§. 1422.

Kann und will ein Dritter anstatt des Schuldners mit dessen Einverständniß nach Maß der eingegangenen Verbindlichkeit bezahlen; so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen, und dem Zahler sein Recht abtreten; doch hat in diesem Falle der Gläubiger, außer dem Falle eines Betruges, weder für die Einbringlichkeit, noch für die Richtigkeit der Forderung zu haften.

1) Wenn die Leistung nicht eine auf höchstpersönlichen Eigenschaften des Verpflichteten beruhende ist, sondern von einem Andern eben so gut, also von dem eigentlichen Schuldner vorgenommen werden kann, so ist es für den Gläubiger vollkommen gleichgiltig, von wem er die Zahlung erhalte, ob von dem Schuldner selbst oder von einem Dritten, wofern sie ihm nur nach Maß der bestehenden Verbindlichkeit zu Theil wird. Der Gläubiger muß daher, wenn der Schuldner damit einverstanden ist, auch von einem Dritten die sofortige Zahlung annehmen **), und es macht hierbei keinen Unterschied, ob der dritte Zahler im eigenen Interesse (z. B. als Bürge, als Eigenthümer oder Käufer einer etwa als Pfand bestellten Sache u. dgl.), oder ohne ein solches Interesse intervenirt. Der Schuldner wird dem Gläubiger gegenüber von seiner Verbindlichkeit eben so befreit, als ob er selbst Zahlung geleistet hätte. Dieser kann also gegen ihn keine weitere Forderung stellen.

---

*) Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 91) meint zwar, daß die Vorschrift des §. 1421 sich auf Kinder und Wahnsinnige nicht beziehe, da bei ihnen die Absicht zu zahlen nicht angenommen werden kann; er fügt jedoch bei, daß der Gläubiger auch eine von einer solchen Person erhaltene Zahlung einer richtigen und verfallenen Schuld zurückzugeben nicht verpflichtet sei, da er ein Recht, sie zu empfangen hatte, und unfähige Personen überhaupt darum giltig zahlen können, weil durch die Zahlung einer richtigen und verfallenen Schuld kein Nachtheil entsteht, vielmehr auch ihr Vertreter solche Schulden zu zahlen verpflichtet wäre. — Unseres Erachtens wird durch diese Argumentation gerade die im Contexte von uns geäußerte Ansicht unterstützt.

**) Anders wäre es, wenn nur an die Stelle der alten Verbindlichkeit eine neue treten sollte (vgl. §§. 1400—1402).

2) Wohl aber ist der Gläubiger in einem solchen Falle verpflichtet, dem Zahler sein Recht abzutreten, und ihm zugleich alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern (§. 1358). Weil aber die in Frage stehende Abtretung nicht auf einem freiwilligen Uebereinkommen beruht, haftet der abtretende Gläubiger nicht weiter für die Richtigkeit oder Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung (vgl. §. 1397); es ist vielmehr Sache des zahlenden Dritten, sich vorher in Ansehung dieser Momente die nöthige Ueberzeugung zu verschaffen. Eine Ausnahme würde nur dann Platz greifen, wenn eine absichtliche Täuschung des Zahlenden (ein Betrug) unterlaufen wäre, weil Jedermann den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen verpflichtet ist (§. 1295) und Niemand aus seiner eigenen rechtswidrigen Handlung einen Vortheil ziehen oder sich mit fremdem Schaden bereichern soll (vgl. §. 1447 am Schlusse).

§. 1423.

Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten in der Regel (§. 462) nicht aufgedrungen werden. Nimmt er sie aber an, so ist der Zahler berechtiget, selbst noch nach der geleisteten Zahlung, die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes zu verlangen.

1) Hat der Schuldner nicht eingewilliget, daß ein Dritter für ihn bezahle, so kann nach unserem Gesetze *) der Gläubiger zur Annahme einer solchen Zahlung nicht gezwungen werden. Eine Ausnahme von dieser Regel bildet zuvörderst das s. g. jus offerendi, dessen bereits im §. 462 (s. Bd. 2, S. 88 u. ff. d. W.) Erwähnung geschah; eine weitere Ausnahme scheint aber auch dem Bürgen zugestanden werden zu müssen, der anstatt des Hauptschuldners zu zahlen beabsichtigt; denn das Gesetz gestattet ihm (§. 1366), wenn das verbürgte Geschäft beendigt ist, die Abrechnung und Aufhebung der Bürgschaft zu fordern, welch' letztere zunächst durch die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt wird (§. 1363); es macht diesen sogar verantwortlich, wenn er in der Eintreibung der Schuld säumig ist (§. 1364), und es dürfte daher in Verfolgung dieser Principien dem Bürgen allerdings das Recht zugesprochen werden können, dem Gläubiger selbst ohne Einwilligung des Schuldners die Zahlung aufzudringen. Noch weniger möchte dann ein Anstand obwalten, wenn der Bürge einer fremden Verbindlichkeit als Mitschuldner beigetreten ist (§§. 1347, 1352 u. 1357), denn in diesem Falle ist er ja wirklich selbst Schuldner, mithin als solcher unmittelbar zur Zahlung berechtigt. — In anderen Fällen scheint dagegen bei dem Umstande, daß §. 1423 nur den §. 462 beruft, keine Ausnahme von der oben aufgestellten Regel zugestanden werden zu können **).

---

*) Anders nach römischem Rechte, wo es im fr. 53. Dig. de solut. (46, 3) heißt: Solvere pro ignorante et invito cuique licet, quum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere. — Vgl. auch fr. 23 u. fr. 40 ibd.

**) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 145.

2) Läßt sich dagegen der Gläubiger freiwillig herbei, die Zahlung durch einen Dritten anzunehmen, so kann der Schuldner keine Einsprache erheben, und der Zahler ist berechtigt, von dem befriedigten Gläubiger sowohl die Abtretung seiner Rechte, als die Auslieferung aller vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel zu verlangen (§. 1358), auch wenn er dieß nicht insbesondere zur Bedingung gemacht hätte. Die Frage, ob in diesem Falle der abtretende Gläubiger für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der abgetretenen Forderungen (§. 1397) zu haften habe, muß nach den jeweilig obwaltenden Umständen beantwortet werden. War nämlich zunächst die Uebertragung der Rechte des befriedigten Gläubigers beabsichtigt, so ist eine freiwillige Cession im Sinne des §. 1392 vorhanden, und die Haftung nach §. 1397 somit allerdings begründet. War aber die Hauptabsicht der Parteien lediglich auf die Befreiung des Schuldners gerichtet, und die Abtretung der dem Gläubiger zustehenden Rechte nur in Folge der geleisteten Zahlung in Anspruch genommen worden, so ist dieselbe nach der Schlußverfügung des §. 1422 zu beurtheilen; eine Haftung des Abtretenden also nur dann begründet, wenn ein Betrug unterlief *).

§. 1424.

Der Schuldbetrag muß dem Gläubiger oder dessen zum Empfange geeigneten Machthaber, oder demjenigen geleistet werden, den das Gericht als Eigenthümer der Forderung erkannt hat. Was Jemand an eine Person bezahlt hat, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten darf, ist er in so weit wieder zu zahlen verbunden, als das Bezahlte nicht wirklich vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist. an wen.

1) Die Zahlung muß, wenn sie eine Befreiung des Schuldners herbeiführen soll, in der Regel an den Gläubiger selbst geschehen **), mag er schon ursprünglich als solcher aufgetreten sein, oder die Forderung erst im Wege der Abtretung (§. 1394) erlangt haben, doch ist, wie schon oben (S. 630) angedeutet wurde, der Schuldner, so lange ihm der Uebernehmer nicht bekannt wurde, berechtigt, den ersten Gläubiger noch mit Rechtswirksamkeit zu bezahlen (§. 1395). Da der Gewalthaber (nach §. 1017) innerhalb der Grenzen der Vollmacht seinen Gewaltgeber vorstellt, so muß die Zahlung auch dem von dem Gläubiger dazu Bevollmächtigten giltig geleistet werden können ***); in wie fern aber wirklich ein Eincassirungsmandat vorhanden sei, kömmt nach den Grundsätzen über den Vollmachtsvertrag (s. insbesondere §§. 1008, 1030 u. 1031) zu beurtheilen. Ist die Vollmacht widerrufen, oder sonst aufgehoben worden, so ist die an den

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 148.

**) Solutam pecuniam intelligimus naturaliter, si numerata sit creditori. fr. 49. Dig. l. c. (46, 3).

***) Vero procuratori recte solvitur. fr. 12. pr. Dig. l. c. (46, 3).

(ehemaligen) Mandatar geleistete Zahlung nur dann wirksam, wenn die Aufhebung dem Zahlenden ohne sein Verschulden unbekannt war (§. 1026) *).

2) Ist der Gläubiger zu Verwaltung seines Vermögens unfähig, so darf die Zahlung nicht an ihn selbst, sondern sie muß an seinen gesetzlichen Vertreter (Vater, Vormund oder Curator) geschehen, und zwar unter Beobachtung der im Gesetze (§. 234) hiefür angeordneten Vorsichten, da sonst die Gefahr vorhanden wäre, daß der Minderjährige oder Pflegebefohlene das Empfangene nicht zu seinem Vortheile verwendete **). Wäre die Zahlung demnach an den unfähigen Gläubiger erfolgt, so könnte der Schuldner verhalten werden, das Gezahlte noch einmal zu leisten, und er wäre von dieser Verbindlichkeit nur dann befreit, wenn dasjenige, was der Gläubiger empfangen hat, noch vorhanden, oder zu seinem Nutzen verwendet worden ist, weil dieser zwar keinen Schaden leiden, sich aber auch nicht mit dem Nachtheile eines Andern bereichern soll. Was hier von Pflegebefohlenen u. s. w. bemerkt wurde, gilt auch von juristischen Personen (Kirchen, Stiftungen, Gesellschaften u. dgl.). Die denselben gebührenden Zahlungen können mit rechtsgiltigem Erfolge nur den zu ihrer Vertretung berufenen Organen geleistet werden. Welche diese Organe seien, ist (wie schon Bd. 1, S. 146 u. Bd. 3, S. 21 d. W. bemerkt wurde) aus den besondern für dieselben bestehenden Gesetzen und Anordnungen (Statuten u. dgl.) zu entnehmen ***). Auch diesen Personen kann übrigens nur in so lange giltig gezahlt werden, als sie zur Vertretung des

*) Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere, si ignorans, prohibitum eum accipere, solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor. fr. 12. §. 3. ibd. — Vgl. auch fr. 34, §. 3; fr. 38, §. 1 u. fr. 51 ibd.

**) Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest. fr. 15. Dig. l. c. (46, 3).

***) Im Sinne dieser Anordnungen wurde durch das Hfkzld. v. 17. Mai 1822, Nr. 1870 der J. G. S. bestimmt, daß zur Vermeidung jedes Nachtheiles, der durch die unvorsichtige Zurückzahlung der unter öffentlicher Aufsicht stehenden Capitalien an hierzu nicht berechtigte Unterbeamte, für die Schuldner entstehen kann, und zur Hintanhaltung einer möglichen Veruntreuung solcher Gelder durch Unterbeamte, die entsprechenden Verfügungen getroffen werden sollen, damit die Schuldner von Kirchen- und anderen unter der Verwaltung des Staates stehenden Capitalien in die Kenntniß gelangen, wem das Recht, solche Capitalien aufzukünden und die Zahlung giltig anzunehmen, zustehe? Im Geiste dieser höchsten Entschließung hat der Hofkriegsrath mit Circ.-Vdg. v. 7. Juni 1822, Nr. 1744, als Norm für die Zukunft festzusetzen befunden, daß das Recht, die unter öffentlicher Aufsicht einer Militärbehörde stehenden Capitalien aufzukündigen und die Zahlung giltig anzunehmen, nur dem jeweiligen Vorsteher der betreffenden Militärbehörde oder Abtheilung, welche mit der Verwaltung oder Verrechnung des Capitales beauftragt ist, in so fern nicht hierzu nach der Widmung des Capitales, wie z. B. bei Heiratscautionen, die Bewilligung des Hofkriegsrathes selbst erforderlich ist, zustehe. In Folge dieser Anordnung hat jeder Schuldner eines solchen unter der Aufsicht einer Militärbehörde stehenden Capitales, welcher die Zurückzahlung desselben an einen hierzu nicht ermächtigten Unterbeamten ohne Einschreiten bei der zum Empfange berechtigten Behörde, und ohne derselben ausdrückliche Anordnung leistet, es sich selbst zuzuschreiben, wenn er zu dessen Berichtigung noch einmal verhalten würde.

unfähigen Gläubigers berufen sind. Wird sonach dem Vormunde eines Minderjährigen eine anticipative Zahlung geleistet, so kann dieß nur auf die Gefahr hin geschehen, daß der Schuldner, wenn der Vormund zur Verfallzeit der Forderung nicht mehr zur Verwaltung berechtiget wäre und das Empfangene nicht zum Vortheile des Mündels verwendet hätte, seine Schuld noch einmal bezahlen muß *).

3) Im Falle, daß ein Rechtsstreit darüber abgeführt wurde, wem eine bestimmte Forderung gebühre, kann nach dem Grundsatze: res judicata pro veritate accipitur — die Zahlung nur dem giltig geleistet werden, den das Gericht als forderungsberechtigt (als Eigenthümer der Forderung, wie sich der §. 1424 nicht ganz zweckmäßig ausdrückt) erkannt hat.

§. 1425.

Gerichtliche Hinterlegung der Schuld.

Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt, abwesend, oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder aus anderen wichtigen Gründen nicht bezahlet werden, so steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei dem Gerichte zu hinterlegen, oder, wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen. Jede dieser Handlungen, wenn sie rechtmäßig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreiet den Schuldner von seiner Verbindlichkeit, und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger.

1) Hat der Schuldner die Zahlung nach den bisher entwickelten Grundsätzen gehörig angeboten, so ist er berechtigt, zu verlangen, daß sie der Gläubiger annehme. Weigert sich der Gläubiger dessen, oder kann die Zahlung aus einem andern Grunde (s. unten) demselben nicht geleistet werden, so muß das Gesetz dem Schuldner ein Mittel an die Hand geben, sich auf eine anderweitige Weise von seiner Verbindlichkeit zu befreien **). Dieses Mittel besteht in der gerichtlichen Hinterlegung (depositio), wenn die zu leistende Sache hierzu geeignet ist, oder, wenn sie nicht dazu geeignet ist, in der gerichtlichen Einleitung zu ihrer Verwahrung (z. B. bei Viehstücken) oder Verwaltung (Sequestration, z. B. bei einem unbeweglichen Gute).

2) Dieses Mittel kann jedoch nicht beliebig angewendet werden, da es für den Gläubiger nicht gleichgiltig sein kann, die Zahlung aus den Händen des Schuldners zu empfangen, oder erst die Ausfolgung der gerichtlich deponirten Sache zu erwirken, sondern es findet nur dann statt, wenn ein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden ist. Als solche recht-

---

*) S. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 6. Decemb. 1851, Z. 9891 u. 9892 in Nr. 126 der allg. öst. Ger.-Ztg. v. J. 1856.

**) Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere, manifestum est. const. 9. Cod. de solut. (8, 43).

mäßige Gründe bezeichnet das Gesetz: a) den Umstand, daß der Gläubiger unbekannt ist, was z. B. dann eintreten kann, wenn mehrere Besitzwerber die Uebergabe der nämlichen Sache verlangen (§. 348), oder wenn der ursprüngliche Gläubiger gestorben ist und die Erben desselben sich noch nicht erklärt haben u. dgl.; b) wenn der Gläubiger abwesend ist und keinen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen hat (§. 276), da dem Schuldner nicht zugemuthet werden kann, den Aufenthalt desselben auszuforschen und die Zahlung an einem andern Orte zu leisten, als an welchem sie nach den oben (S. 652) entwickelten Grundsätzen geleistet werden muß; c) wenn der Gläubiger selbst unfähig ist, die Zahlung zu empfangen und der Vertreter desselben die zur Annahme der Leistung erforderliche Legitimation nicht nachzuweisen vermag (§. 234), oder gar kein Vertreter vorhanden ist *); d) wenn die verpfändete Sache von dem Gläubiger weiter verpfändet und der Schuldner von dieser weiteren Verpfändung benachrichtiget wurde (§. 455); e) wenn eine untheilbare Sache mehreren Mitgläubigern herausgegeben werden soll, und diese kein Uebereinkommen treffen, mittelst dessen sie Einem unter ihnen zur Uebernahme ermächtigen (§. 890); f) wenn der über eine Forderung ausgestellte Schuldschein nicht zurückgegeben werden kann (§. 1428); g) wenn auf die zu leistende Sache ein gerichtliches Verbot erwirkt wurde, worüber die entsprechenden Vorschriften in den Proceßgesetzen enthalten sind; h) wenn der Gläubiger mit dem Angebotenen nicht zufrieden ist; doch befreit in diesem Falle die gerichtliche Hinterlegung den Schuldner nur dann von seiner Verbindlichkeit, wenn in der Folge erkannt wird, daß die Zahlung in gehöriger Weise angebothen worden war, daß der Gläubiger also nicht Ursache hatte, mit derselben unzufrieden zu sein; wäre das Letztere der Fall gewesen, so würden die widrigen Folgen (z. B. die Kosten der Deponirung) vielmehr den Schuldner treffen, und die Verpflichtung desselben bliebe aufrecht.

3) Die Hinterlegung oder die Einleitung zur Verwahrung oder Verwaltung hat, der Natur der Sache nach, bei dem Gerichte desjenigen Ortes (oder wenn in dem Orte kein Gericht vorhanden wäre, desjenigen Bezirkes), wo die Zahlung geleistet werden muß, zu erfolgen **), und zwar, wenn sich daselbst mehrere Gerichte befänden, bei dem Gerichtsstande des, gleich einem Geklagten zu betrachtenden Gläubigers ***). Dieser ist sofort von der stattgefundenen Hinterlegung u. s. w. zu verständigen, oder wenn sein Aufenthalt, oder gar die Person des Gläubigers (s. oben Z. 2, lit. a) unbekannt wäre, ein Curator für ihn zu bestellen (§. 276).

4) Die gerichtliche Hinterlegung oder Einleitung der Verwahrung oder Verwaltung der abzutragenden Sache bewirkt, wenn sie rechtmäßig (s. oben) geschehen ist, die Befreiung des Schuldners von seiner Ver-

---

*) .... si minor conveniat debitorem, adhibere debet curatorem, ut ei solvatur pecunia; ceterum non ei compelletur solvere. Sed hodie solet pecunia in aedem deponi, ut Pomponius libro XXVIII. scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur, vel creditor minor perdat pecuniam, aut curatoribus solvi, si sint. fr. 7, §. 2. Dig. de minor. (4, 4).

**) .... ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata. const. 9. Cod. de solut. (8, 43).

***) Zeiller, Comment. Bd. 5, S. 133.

bindlichkeit. Dieser hat also keine weiteren Zinsen zu leisten *), und kann, da er nicht in mora ist, weder zur Zahlung von Verzugszinsen (§. 1333 u. 1334) **), noch zur Entrichtung einer Conventionalstrafe (§. 1336) verhalten werden; die Bürgschafts- und Pfandrechte erlöschen ***) und die Gefahr der hinterlegten (verwahrten) Sache geht auf den Gläubiger über †); ihn trifft daher ein in derselben eingetretener Schade, wogegen ihm aber auch die allfälligen Vermehrungen derselben durch Zuwachs u. dgl. zu Statten kommen. Das Eigenthum der deponirten Gegenstände geht aber durch die Hinterlegung allein noch nicht auf den Gläubiger über, da keine der im Gesetze geforderten Arten der Uebergabe vorhanden ist, und zur Eigenthumsübertragung überhaupt nicht nur die rechtliche Uebergabe, sondern auch die Uebernahme (§. 425) nothwendig ist. Der Gläubiger erlangt also zunächst nur das Recht, die Herausgabe der hinterlegten Sache zu verlangen ††), deren Wirkungen jedoch sohin auf den Zeitpunkt der geschehenen Hinterlegung zurückbezogen werden.

5) Eine andere Frage ist, ob der Schuldner die deponirte Sache, so lange der Gläubiger nicht um ihre Ausfolgung eingeschritten ist, oder sich wenigstens zu ihrer Annahme bereit erklärt hat, wieder zurückfordern könne, versteht sich gegen dem, daß seine Verbindlichkeit selbst wieder hergestellt wird? Wir glauben diese Frage allerdings bejahen zu müssen, da der Gläubiger vor der in Frage stehenden Erklärung noch kein Recht auf die hinterlegte Sache erworben hat, und die Hinterlegung selbst nur dem Schuldner zu seinem Vortheile eingeräumt ist, auf den er jedoch immer wieder verzichten kann †††).

§. 1426.

Der Zahler ist in allen Fällen berechtiget, von dem Befriedigten eine Quittung, nämlich ein schriftliches Zeugniß der erfüllten Verbindlichkeit, zu verlangen. In der Quittung muß Quittungen.

---

*) Si creditrici, quae ex causa pignoris obligatam sibi rem tenuit, pecuniam debitam cum usuris testibus praesentibus obtulisti, eaque non accipiente obsignatam eam deposuisti, usuras ex eo tempore, quo obtulisti, praestare non cogeris. const. 6. Cod. de usur. (4, 32).

**) Quodsi sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris. const. 9. ibd.

***) Si prius, quam distraheretur pignoratitia possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione, eam deposuisti, et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. const. 8. Cod. de distr. pign. (8, 28).

†) .... quo subsecuto [nämlich nach vorgenommener Deposition] etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tollitur. const. 19. Cod. de usur. (4, 32).

††) Vgl. die schon angeführte const. 19. Cod. l. c. (4, 32).

†††) Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 96) meint, das Gericht sei nicht berechtigt, die Sache dem Hinterleger auf sein bloßes Verlangen zurückzustellen, und es würde sich dadurch dem Gläubiger, für den die Sache übernommen worden ist, verantwortlich machen. Wir glauben aber, daß die Sache gar nicht von dem Gerichte „für den Gläubiger" übernommen wird, sondern daß diese Uebernahme bloß deßhalb geschieht, um es dem Schuldner möglich zu machen, sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

der Name des Schuldners und des Gläubigers, so wie der Ort, die Zeit und der Gegenstand der getilgten Schuld ausgedrückt, und sie muß von dem Gläubiger oder dessen Machthaber unterschrieben werden.

1) Die Zahlung ist eine Thatsache, die in der Regel (vgl. §§. 1428—1430) nicht vermuthet wird, sondern erwiesen werden muß; es ist also ganz natürlich, daß das Gesetz den Schuldner ermächtiget, von dem befriedigten Gläubiger ein Zeugniß der erfüllten Verbindlichkeit (eine Quittung, apocha) zu verlangen, damit er sich gegen eine nochmalige Anforderung schützen könne.

2) Die Quittung muß als eine Privaturkunde von dem Aussteller eigenhändig unterschrieben (§. 114 der a., §. 182 der galiz., §. 172 der ital. u. §. 117 der ungar. u. siebenb. G. O.), oder wenn er des Schreibens unkundig oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig wäre, unter Zuziehung von zwei Zeugen, deren Einer seinen Namen zu unterschreiben hat, mit seinem gewöhnlichen Handzeichen unterfertiget werden (§. 886 des a. b. G. B., §. 116 der a., §. 185 der galiz., §. 175 der ital. u. §. 118 der ungar. u. siebenb. G. O.), in welchem Falle sie über ihren Inhalt gegen den Aussteller einen vollen Beweis macht (§. 113 der a., §. 181 der galiz., §. 171 der ital., §. 117 der ungar. u. siebenb. G. O.); sie muß überdieß noch die im §. 1426 des b. G. B. angedeuteten Erfordernisse enthalten, damit die Forderung, über deren Tilgung sie einen Beweis liefern soll, gehörig individualisirt sei; wurde daher die Zahlung mehreren Mitgläubigern geleistet, so sind die Namen Aller anzugeben, geschah sie an einen Dritten (Bevollmächtigten, Cessionar u. s. w.), so ist auf das obwaltende Verhältniß Bezug zu nehmen, und eben so ist es anzuführen, wenn etwas Anderes als der eigentlich zu leistende Gegenstand an Zahlungsstatt gegeben wurde. Die Anordnung des Gesetzes scheint übrigens nur den Sinn zu haben, daß der Schuldner eine, mit allen erwähnten Erfordernissen ausgestattete Quittung verlangen könne, nicht daß dieselbe, in Ermanglung eines derselben, ungiltig sei. Warum sollte z. B., wenn der Ort der Zahlung nicht beigefügt wurde, der übrige Inhalt der Quittung beweislos sein? Das b. G. B. würde dadurch mit den o. a. Vorschriften der Gerichtsordnung in Collision gerathen, was gewiß nicht seine Absicht war *). War die Schuldpost in die öffentlichen Bücher eingetragen, so kann der Zahlende insbesondere verlangen, daß ihm eine löschungsfähige Quittung ausgefertiget werde, worüber die betreffenden Erörterungen bereits Bd. 1, S. 829, und Bd. 2, S. 126 d. W. bei Erläuterung der §§. 435 u. 469 des a. b. G. B. vorgekommen sind.

3) Nach römischem Rechte erlangte die Quittung in der Regel erst nach Ablauf von dreißig Tagen, von ihrer Ausstellung an gerechnet, Beweiskraft, und es konnte ihr bis dahin die exceptio non solutae pecuniae entgegengesetzt werden **). Unsere Gesetzgebung hat jedoch diese oder eine ähnliche Bestimmung nicht aufgenommen, da sie mit den Vorschriften der

*) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 160.
**) Puchta, a. a. O. §. 287, S. 428.

Gerichtsordnung über den Beweis durch Privaturkunden nicht im Einklange wäre. Die Quittung liefert daher unmittelbar nach ihrer Ausstellung vollen Beweis gegen den Aussteller, und man muß daher bei ihrer Aushändigung an den Schuldner vorsichtig zu Werke gehen, um nicht zu Schaden zu kommen, denn wiewohl sie allerdings den Gegenbeweis der nicht erhaltenen Zahlung zuläßt, so dürfte dieser doch, wenigstens in manchen Fällen, sehr schwer zu führen sein.

4) Die Quittung ist übrigens nicht das einzige Beweismittel, durch welches die Tilgung einer Schuld dargethan werden kann, und es sind hierbei keine besonderen Feierlichkeiten, wie z. B. nach römischem Rechte bei einer schriftlich contrahirten Schuld *) erforderlich. Im Falle einer gerichtlichen Hinterlegung vertritt der Erlagsschein die Stelle der Quittung.

§. 1427.

Eine Quittung über das bezahlte Capital gründet die Vermuthung, daß auch die Zinsen davon bezahlt worden seien.

Eine Urkunde beweist in der Regel nur über dasjenige Factum, welches den Gegenstand ihres Inhaltes bildet; allein das Gesetz stellt manchmal eine rechtliche Vermuthung hinsichtlich weiterer Thatsachen auf, welche mit aller Wahrscheinlichkeit daraus gefolgert werden können. Dieß ist hier in Ansehung der Zinsenzahlung der Fall, wenn das Capital abgetragen wurde, da die Zinsen meistens in vorhinein, oder wenigstens mit dem Capitale zugleich entrichtet zu werden pflegen. Um die hier aufgestellte Vermuthung zu entkräften, müßte demnach in der Quittung des etwa noch aushaftenden Zinsrückstandes Erwähnung geschehen, oder der Beweis über denselben in anderweitigem Wege geführt werden.

§. 1428.

Besitzt der Gläubiger von dem Schuldner einen Schuldschein, so ist er nebst Ausstellung einer Quittung verbunden, denselben zurück zu geben, oder die allenfalls geleistete Abschlagszahlung auf dem Schuldscheine selbst abschreiben zu lassen. Der zurückerhaltene Schuldschein ohne Quittung gründet für den Schuldner die rechtliche Vermuthung der geleisteten Zahlung; er schließt aber den Gegenbeweis nicht aus. Ist der Schuldschein, welcher zurückgegeben werden soll, in Verlust gerathen, so ist der Zahlende berechtiget, Sicherstellung zu fordern, oder den Betrag gerichtlich zu hinterlegen und zu

---

*) Vgl. Puchta, a. a. O. §. 287, S. 429. — Thibaut, a. a. O. §. 595.

verlangen, daß der Gläubiger die Tödtung des Schuldscheines der Gerichtsordnung gemäß bewirke.

1) Besteht über eine Forderung eine schriftliche Urkunde (ein Schuldschein u. dgl.), durch welche die Verbindlichkeit des Schuldners dargethan wird, so gestattet das Gesetz demselben, nebst der Ausstellung einer Quittung, noch die Aushändigung dieser Urkunde (wenn die Forderung nämlich vollends getilgt wurde) zu verlangen, da sie der Gläubiger nun nicht mehr benöthigt, der Schuldner aber allerdings Gefahr liefe, noch einmal auf Grundlage derselben belangt zu werden, in welchem Falle ihm, wenn er die Quittung etwa verloren hätte, der Beweis der bereits geleisteten Zahlung mitunter schwierig fallen könnte, und weil ferner durch eine solche Urkunde auch dritte Personen, auf welche die Forderung als eine noch bestehende etwa übertragen würde (§. 1393) leicht zu Schaden kommen könnten. Besonders wichtig ist dieß bei den Inhaberpapieren, bei denen, wie oben S. 628 angedeutet wurde, der Besitz der Urkunde den Inhaber derselben als Gläubiger legitimirt, und wo der Schuldner dem Ueberbringer keine, aus der Person eines früheren Inhabers herrührenden Einwendungen (also auch nicht die Einwendung der diesem bereits geleisteten Zahlung) entgegensetzen kann (s. oben S. 631).

2) Wurde die Zahlung nicht vollständig geleistet, so kann der Gläubiger zur Herausgabe der Schuldurkunde selbstverständlich nicht gezwungen werden; es bleibt also nichts übrig, als die geschehene Theilzahlung auf dem Schuldscheine abzuschreiben, und diesen noch weiter in den Händen des Gläubigers zu belassen. Durch wen diese Abschreibung zu geschehen habe, ist im Gesetze nicht bestimmt. Nippel (Erläut. Bd. 8. II. S. 167) sucht mit vielem Aufwande von Scharfsinn zu beweisen, daß sie der Schuldner vorzunehmen berufen sei, kömmt aber dabei mit den Principien der Gerichtsordnung in Widerspruch, denen zu Folge eine Privaturkunde für den Aussteller der Regel nach keinen Beweis macht (§. 118 der a., §. 187 der galiz., §. 177 der ital. u. §. 125 der ungar. und siebenb. G. O.). Es scheint uns also die Ansicht Winiwarter's (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 101) den Vorzug zu verdienen, vermöge welcher vielmehr der Gläubiger zu dieser Abschreibung verpflichtet erscheint; am zweckmäßigsten dürfte es sein, wenn sie von beiden Theilen unterfertiget wird. Uebrigens gewährt sie dem Schuldner ohnehin keine namhafte Sicherheit, da die Urkunde in den Händen des Gläubigers bleibt, der noch immer in der Lage ist, die gemachte Aufschreibung wieder auszulöschen. Der Schuldner muß sich also in einem solchen Falle um so mehr durch eine vollgiltige Quittung vorsehen.

3) Kann der Gläubiger die in seinen Händen befindlich gewesene Schuldurkunde nicht zurückstellen (weil sie ihm in Verlust gerathen, gestohlen, durch Gewalt abgenommen oder zu Grunde gegangen ist), so kann der Verpflichtete nicht ohne Weiters zur Zahlung verhalten werden. Es bleibt ihm die Wahl frei, die Zahlung nur gegen Sicherstellung, für den Fall zu leisten, als die Urkunde wieder zum Vorscheine kommen, und ein Anspruch aus derselben gegen ihn gestellt werden sollte, oder den gerichtlichen Erlag (nach §. 1425) vorzunehmen und zu verlangen, daß der Gläubiger

die Tödtung der Urkunde (die s. g. Amortisation) bewirke. Wie hierbei vorzugehen sei, ist in den Gesetzen über das gerichtliche Verfahren enthalten *).

4) Die Zurückstellung des Schuldscheines begründet für den Schuldner, da sie gemeiniglich nur nach geleisteter Zahlung erfolgt, eine rechtliche Vermuthung **), die aber den Gegenbeweis nicht ausschließt, daß die gedachte Urkunde auf anderweitige Weise (z. B. durch Diebstahl, Fund u. dgl.) in die Hände des Schuldners gekommen sei ***). Nicht das Gleiche kann behauptet werden, wenn in der Schuldurkunde die Unterschrift durchschnitten oder durchstrichen, oder wenn die Urkunde selbst zerschnitten, zerrissen oder durchstrichen gefunden würde †), da Vermuthungen (vgl. §. 721) keine Ausdehnung zulassen und nach §. 105 der a. (§. 171 der galiz., §. 161 der ital. u. §. 105 der ungar. u. siebenb.) G. O., wenn ihnen nicht insbesondere durch ein Gesetz Kraft beigelegt ist, für keinen Beweis anzusehen sind. In wie fern aber anderseits der Inhaber einer solchen Urkunde mit derselben einen Beweis gegen den Schuldner herzustellen im Stande sei, kömmt nach den Vorschriften der Gerichtsordnung zu beurtheilen ††).

---

*) Insbesondere in den §§. 201—203 der galiz., §§. 191—193 der ital. u. §§. 603—609 der ungar. u. siebenb. G. O., ferner in anderen, diesen Gegenstand berührenden Verordnungen; hinsichtlich der öffentlichen Creditspapiere gilt namentlich das Pat. v. 28. März 1803, Nr. 599 der J. G. S., das Pat. v. 15. August 1817, Nr. 1361 ebd., die Hfkmrd. v. 7. Jänner 1824 u. 12. Febr. 1841 u. a. m. — S. A. v. Heeß: von der Amortisirung im Allgemeinen und von der Amortisirung der Privaturkunden insbesondere (Zeitschr. f. öst. Rechtsgel. 1830. I. S. 102). — Ellinger: Von der Amortisirung der auf den Ueberbringer lautenden Privaturkunden (ebd. 1843. I S. 226). — Schopf: über die Nothwendigkeit einer Amortisirung der grundbücherlich eingetragenen Verträge oder der Certificirungsurkunden (Schopf's Archiv 1838. I. S. 93). — Herbst: praktische Bemerkungen über die Amortisirung von Güterlotterielosen (Jurist, Bd. 18, S. 316). — Dierl: Beitrag zur Lehre von der Amortisirung (Jurist, Bd. 4, S. 275 u. Bd. 9, S. 156) und Gegenbemerkungen zu diesem Aufsatze (ebd. Bd. 7, S. 129). — Linden: über Cameral- u. fiscalämtliche Gegenstände. Wien 1834, S. 27 und 1844, S. 18. — Winiwarter (Dr. Jos. Sohn): Die Amortisation der öffentlichen Creditseffecten nach den gegenwärtig bestehenden Vorschriften. Wien 1841.

**) Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. fr. 2. §. 1. Dig. de pact. (2, 14). — Pecuniae solutae professio collata instrumento majorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisset redditum. const. 14. Cod. de solut. (8, 43).

***) Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam asseveras, nihil de jure tuo deminutum est. Quibuscunque itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro hujusmodi facto liberationem minime consecutum, judex ad solutionem debiti jure compellet. const. 15. ibd.

†) Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur. fr. 24. Dig. de probat. et praesumt. (22, 3).

††) In dieser Beziehung heißt es im §. 131 der ungar. u. siebenb. G. O.: „Zerrissene oder zerschnittene Urkunden verdienen keinen Glauben, sofern nicht der Augenschein zeigt, oder auf andere Art erwiesen wird, daß sie bloß zufällig

§. 1429.

Eine Quittung, die der Gläubiger dem Schuldner für eine abgetragene neuere Schuldpost ausgestellt hat, beweiset zwar nicht, daß auch andere ältere Posten abgetragen worden seien, wenn es aber gewisse Gefälle, Renten oder solche Zahlungen betrifft, welche, wie Geld=, Grund=, Haus= oder Capitalszinsen, aus eben demselben Titel und zu einer gewissen Zeit geleistet werden sollen, so wird vermuthet, daß derjenige, welcher sich mit der Quittung des letzt verfallenen Termines ausweiset, auch die früher verfallenen berichtiget habe.

1) Hat ein Gläubiger mehrere Forderungen an denselben Schuldner, so kann aus der Abtragung einer neueren Schuldpost allein noch nicht auf die vorausgegangene Berichtigung der älteren Posten geschlossen werden, da mannigfaltige Umstände den Gläubiger veranlassen können, eine später entstandene Forderung vor der älteren einzutreiben, und da eben so der Schuldner es in seinem Interesse finden kann, eine neuere Schuldpost früher als die ältere abzutragen, so daß nach §. 1426 das Alter der Forderungen nicht einmal für entscheidend angesehen wird, wenn es sich um die Auslegung der zweifelhaften Willensmeinung eines Schuldners handelt, der von mehreren Schulden nur eine tilgt. Anders ist es, wenn die verschiedenen Forderungen aus einem und demselben fortwirkenden Titel entspringen. Hier bringt es die Natur der Sache mit sich, daß die spätere Post nicht vor der früheren abgetragen wird, indem dadurch die natürliche Ordnung unterbrochen und zugleich für die länger aushaftenden Rückstände die Gefahr der Verjährung (vgl. §. 1480) herbeigeführt würde. Deßhalb hatte schon im röm. Rechte die const. 3. Cod. de apochis publicis etc. (10, 22) die Bestimmung getroffen, daß Quittungen über die drei letzten Steuertermine die Zahlung der früheren vermuthen lassen. Diese Vermuthung hat unser a. b. G. B. im §. 1429 generalisirt und zwar auf alle wiederkehrenden Zahlungen, welche aus eben demselben Titel zu gewissen Zeiten geleistet werden. Insbesondere aufgezählt sind: Gefälle, d. i. jene Abgaben, die von einem unbeweglichen Gute dem Grundherrn entrichtet werden (§. 1131), Renten, d. i. jene Beträge, die entweder auf die Lebensdauer einer bestimmten Person (Leibrenten, §. 1285), oder für immerwährende Zeiten (beständige jährliche Renten, §. 530) für die Ueberlassung einer bestimmten Summe Geldes oder einer für Geld geschätzten Sache Jemandem zugesichert werden; die Geldzinsen, worunter jene Zinsen verstanden werden müssen, die nicht zu den später aufgeführten Capitalszinsen gerechnet werden können, weil sie nicht von einem aushaftenden Capitale, sondern (wie die Verzugszinsen, §. 1333) von den durch Verträge oder zugefügten Schaden begründeten Geldforderungen oder nach dem

---

Schaden gelitten haben." — Vgl. übrigens §§. 131 u. 132 der a., §§. 205 u. 206 der galiz., §§. 195 u. 196 der ital. u. §. 149 der ungar. und siebenb. G. O.

Gesetze ohne Bestehen einer eigentlichen Schuldforderung (wie in den Fällen der §§. 514, 974, 954) zu bezahlen sind *); die Grund- und Hauszinsen, d. i. die Bestandzinse (§. 1100), die für die Benützung eines Grundstückes oder Hauses entrichtet werden, oder die Capitalszinsen, die bei Darleihen die Vergütung für die Ueberlassung eines Geldbetrages (Capitales) enthalten. Ohne Zweifel sind aber hierher auch noch Alimentationsbeträge, jährliche Legate (§. 687), Raten eines Witwengehaltes (§. 1282) und andere ähnliche Leistungen zu rechnen.

2) Das Gesetz stellt übrigens nur eine Vermuthung auf, welche nach allgemeinen processualischen Vorschriften durch einen entgegenstehenden Beweis allerdings entkräftet werden kann.

§. 1430.

Eben so wird von Handels- und Gewerbsleuten, welche mit ihren Abnehmern (Kunden) zu gewissen Fristen die Rechnungen abzuschließen pflegen, vermuthet, daß ihnen, wenn sie über die Rechnung aus einer späteren Frist quittirt haben, auch die früheren Rechnungen bezahlt seien.

Eine weitere Vermuthung, die mit der vorigen (des §. 1429) auf gleichem Grunde beruht, stellt der §. 1430 auf. Es ist nämlich, insbesondere bei größeren Haushaltungen gebräuchlich, daß zwischen ihnen (als Abnehmern) und den Handels- und Gewerbsleuten, von denen sie gewisse Waaren beziehen, eigene Einschreibbücher bestehen, deren bereits der §. 1033 erwähnte, und die zu gewissen Fristen (z. B. wochentlich, monatlich, jährlich) abgeschlossen zu werden pflegen. Auch hier läßt die Quittirung eines solchen späteren Rechnungsabschlusses auf die Zahlung der vorausgegangenen Guthabungen schließen. Aber wenn auch keine solchen Einschreibbücher bestehen, pflegen Handels- und Gewerbsleute (gemeiniglich mindestens am Schlusse eines jeden Jahres) Auszüge aus ihren Handels- oder Gewerbsbüchern (s. g. Conti) zu verfassen und ihren Kunden zuzusenden **), bei denen sohin die nämliche Vermuthung eintritt, daß die einer früheren Periode angehörigen Ausstände bereits getilgt seien, wenn sich ein neuerer Conto saldirt (mit der Empfangsbestätigung versehen) vorfindet. Dadurch wird man auch der lästigen Vorsicht enthoben, derlei Quittungen durch die ganze Verjährungszeit aufbewahren zu müssen.

§. 1431.

Wenn Jemanden aus einem Irrthume, wäre es auch ein Rechtsirrthum, eine Sache oder eine Handlung geleistet worden, wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat, so kann Zahlung einer Nichtschuld.

*) Dolliner: Sind die im §. 1429 des a. b. G. B. besonders genannten Geldzinsen und Capitalszinsen von einander verschieden oder nicht? (öst. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1836. II. S. 20).

**) Vgl. §§. 120 u. 121 der a., §§. 189 u. 191 der galiz. u. §§. 179 u. 181 der ital. G. O.

in der Regel im ersten Falle die Sache zurück gefordert, im zweiten aber ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn verlangt werden.

1) Während sich im Allgemeinen die Zahlung als die Tilgung einer bestehenden Verbindlichkeit darstellt, kann es ausnahmsweise Fälle geben, wo das Recht der Rückforderung Platz greift, weil die Leistung ohne rechtlichen Grund stattgefunden hat; sei es, daß dieser Mangel schon ursprünglich vorhanden war (§§. 1431—1434 u. 1436), oder daß er erst in der Folge eintrat (§. 1437) *).

2) Zuvörderst kann dasjenige zurückgefordert werden, was Jemand, ohne es schuldig zu sein, geleistet hat, in der Meinung, daß er es schuldig sei. Worin die Leistung bestand, ob in einem Geben, Thun, Gestatten oder Unterlassen, ist gleichgiltig; auch die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, oder das Aufgeben eines Rechtes im eigenen oder fremden Namen muß hierher gerechnet werden **).

3) Zur Begründung des Rückforderungsrechtes ist nothwendig, daß eine Nichtschuld (indebitum) bezahlt wurde. Dieß ist der Fall, wenn a) eine Verbindlichkeit zur Zahlung in keiner Weise existirte ***), was auch dann eintritt, wenn eine an sich wahre Forderung rechtskräftig aberkannt wurde †), b) wenn die Verbindlichkeit nicht auf den geleisteten Gegenstand gerichtet war (vgl. §. 1413) ††), c) wenn Jemand die Schuld eines Andern als die seinige abtrug †††), also z. B. ein Vermächtniß, mit welchem ein Anderer beschwert war, in der Meinung, daß es ihm auferlegt sei, entrichtete. Hat dagegen Jemand die Zahlung einer wirklichen Schuld für einen Andern wissentlich, aber in dem Irrthum geleistet, daß er diesem (dem Schuldner) dazu verbunden sei, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden, da der Gläubiger nur dasjenige erhielt, was ihm gebührt, und der Irrthum nicht das zwischen ihm und dem Zahlenden obwaltende Verhältniß, sondern lediglich einen Beweggrund betrifft, der nicht entscheidet (vgl. §§. 572 u. 901) *†). Dem Zahlenden wird also

---

*) Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam. fr. 1. §. 3. Dig. de cond. sine causa (12, 7).

**) Thibaut, a. a. O. §. 561.

***) Indebitum . . . solutum accipimus . . . si omnino non debeatur. fr. 26. §. 3. Dig. de cond. indeb. (12, 6).

†) Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa judicati solutae esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres exstitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes. const. 1. Cod. de cond. indeb. (4, 5).

††) Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, quum Stichum debeam et Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum, nec enim pro eo, quod debeo, videor id solvisse. fr. 19. §. 3. Dig. de cond. indeb. (12, 6).

†††) Indebitum non est tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debeat, alius, quasi ipse debeat, solvat. fr. 65. §. 9. Dig. l. c. (12, 6).

*†) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 183. — Vgl. auch fr. 12. Dig. de novat. (46, 2).

nach Umständen nur ein Anspruch gegen den Dritten, für den er die Zahlung geleistet, offen stehen. — Dagegen findet d) eine Rückforderung allerdings statt, wenn eine wirkliche Schuld nicht an den Berechtigten oder dessen Stellvertreter, sondern an eine andere Person geleistet wurde, die zur Empfangnahme in keiner Weise berufen erscheint, wie wenn z. B. das dem A zugedachte Vermächtniß dem B entrichtet worden wäre *).

3) Ein zweites wesentliches Erforderniß des in Frage stehenden Rechtes auf Rückstellung des Geleisteten ist der Irrthum des Zahlenden; wer wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, ist vielmehr als ein Geschenkgeber anzusehen (§. 1432) **). Daß der Irrthum ein entschuldbarer sein müsse, ist im Gesetze nirgends ausgesprochen, ja die Anführung des „Rechtsirrthums" im §. 1431, der nach §. 2 eine Entschuldigung nicht zuläßt, scheint darauf hinzudeuten, daß jeder wie immer geartete Irrthum zur Rückforderung berechtige, und daß der Gesetzgeber bei seiner Anordnung von dem Satze ausgegangen sei, es solle Niemand aus dem Schaden eines Andern Gewinn ziehen (§. 1447).

4) Die Klage auf Rückerstattung des aus Irrthum Geleisteten kann nur gegen den Empfänger oder gegen denjenigen gerichtet werden, der einen Andern mit der Empfangnahme beauftragt, oder diese nachträglich gutgeheißen hat. Gegen einen dritten Besitzer würde nur die Eigenthumsklage stattfinden, in so fern die Voraussetzungen derselben eintreten ***). Der Condicent muß jedenfalls die Nichtschuld beweisen; ob er auch den Irrthum darthun müsse, ist schon unter den Auslegern des römischen Rechtes streitig †). Die Commentatoren des b. G. B. nehmen gemeiniglich an, daß der Irrthum nicht nachgewiesen zu werden brauche, da Schenkungen (als welche sich die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld darstellt) nicht vermuthet werden (§. 915); wir möchten aber eher der entgegengesetzten Ansicht beipflichten, und zwar mit Bezugnahme auf den processualischen Grundsatz, daß der Kläger seinen Klagegrund vollständig erweisen müsse, wenn er vom Gegner widersprochen wird, daß aber zu

---

*) S. die oben angeführte Stelle im fr. 65, §. 9. Dig. (12, 6).

**) Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. fr. 53. Dig. de reg. jur. (50, 17).

***) Eine andere Frage ist, ob auch gegen den redlichen Empfänger selbst die Eigenthumsklage angestellt werden könne; diese Frage ist von praktischer Wichtigkeit, denn im bejahenden Falle würde bei einem über das Vermögen des Empfängers ausgebrochenen Concurse der Zahler das Recht haben, die noch unverwendet im Besitze des Empfängers angetroffene Sache als sein Eigenthum zurückzufordern, während im verneinenden Falle dem Zahler nur ein persönlicher Anspruch zusteht, mit dem er in die vierte Classe der Gemeingläubiger versetzt werden müßte. Nippel (Erläut. Bd. 8. II. S. 187) meint nun, daß durch die Zahlung das Eigenthum an den redlichen Empfänger allerdings übergehe, denn der Zahler wolle es an den Empfänger übertragen, und dieser könne die Zahlung auch giltig annehmen, da ein Irrthum nur in den Fällen der §§. 871, 875 u. 876 (deren aber keiner hier eintritt) den Vertrag ungiltig mache. Wir möchten noch hinzufügen, daß unser Gesetzbuch allerdings einen titulus pro soluto anzuerkennen scheine (wie aus §. 1461 hervorgeht) und daß bei dem Hinzutreten der Uebergabe die Eigenthumserwerbung von Seite des redlichen Empfängers nicht wohl geleugnet werden könne.

†) Vgl. Thibaut, a. a. O. §. 563 u. Puchta, a. a. O. §. 309.

diesem Klagegrunde beide Momente, die Nichtschuld und der Irrthum gehören. — Gegenstand der Klage ist im Allgemeinen dasjenige, was der Beklagte indebite erhalten hat, also die empfangene Sache, wenn sie noch in natura vorhanden ist*), wenn eine Handlung geleistet wurde, der Werth des dem Empfänger dadurch verschafften Nutzens; dieser müßte auch dann zum Maßstabe dienen, wenn dem Gegner etwas gestattet, oder zu seinen Gunsten etwas unterlassen wurde. Wäre dem Beklagten aus Irrthum etwas versprochen worden, so könnte die Vernichtung der Schuld und die Rückgabe der allenfalls darüber ausgestellten Urkunde (des Schuldscheines)**), wäre aber ein Recht aufgegeben worden, die Wiederherstellung desselben und die Zurücklieferung der Quittung verlangt werden***).

§. 1432.

Doch können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungiltig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, eben so wenig zurück gefordert werden, als wenn Jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist.

1) Das im §. 1431 enthaltene Rechtsmittel kann nicht angewendet werden, wenn eine Verbindlichkeit des Zahlenden vorhanden, wiewohl nicht im vollen Maße wirksam war. Dieß ist der Fall a) bei einer verjährten Schuld, die nach unserem Gesetze nicht als gänzlich erloschen betrachtet wird, da nach §. 1501 auf die Verjährung ohne Einwendung der Parteien von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen ist; ferner b) bei einer Schuld, die nur aus Mangel der Förmlichkeit ungiltig ist, wie wenn z. B. auf Grundlage eines nicht mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehenen Testamentes, welches aber doch von den Parteien als den wahren und ernstlichen Willen des Verstorbenen enthaltend anerkannt wurde, ein darin enthaltenes Vermächtniß ausbezahlt worden wäre, denn der Mangel der gesetzlichen Förmlichkeiten würde hier zwar den Richter hindern, bei einem entstehenden Rechtsstreite die letztwillige Anordnung für giltig zu erklären und auf Grundlage derselben den Erben zur Entrichtung der Legate zu verurtheilen, man kann aber deshalb nicht sagen, daß eine Verbindlichkeit zur Auszahlung derselben gar nicht bestehe. Aehnliches ist c) der Fall, wenn das Gesetz einer Forderung bloß das Klagerecht versagt, wie dieß in den §§. 943, 967, 982, 1097, 1111, 1271 und 1272 angeordnet erscheint.

2) Aus einem andern Grunde — nämlich wegen Abgangs des erforderlichen Irrthums — ist die Rückforderung unstatthaft, wenn Jemand

---

*) Was im Falle einer Veräußerung oder Vernichtung derselben begehrt werden könne, wird bei der Erörterung des §. 1437 gezeigt werden.

**) Is qui plus, quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem. fr. 31. Dig. l. c. (12, 6).

***) Vgl. Thibaut, a. a. O. §. 565.

eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist. Hier ist vielmehr eine Schenkung vorhanden, welche bloß nach den, in dem Hauptstücke von den Schenkungen enthaltenen Grundsätzen widerrufen werden könnte. War dagegen der Zahlende nicht berechtigt, eine Schenkung zu machen (z. B. als Minderjähriger), so kann die Rückstellung freilich begehrt werden, aber streng genommen nicht auf Grundlage der Verfügung des §. 1431, sondern vielmehr in Folge der Anordnung des §. 865.

3) Eine wahre Zahlung einer Nichtschuld ist auch dann vorhanden, wenn vermöge eines ungiltigen Geschäftes etwas geleistet wurde *), oder wenn etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Handlung begehen wollte, gegeben wurde; doch sind auch diese Fälle von jenen des §. 1432 verschieden, da hier das Rückforderungsrecht nicht von einem obwaltenden Irrthume des Zahlenden abhängig ist **).

4) Ist Jemandem eine Forderung durch rechtskräftiges Urtheil zuerkannt worden, so findet eine Zurückforderung des, auf Grundlage dieses Urtheiles Geleisteten so lange nicht statt, bis der richterliche Ausspruch selbst im Restitutionswege aufgehoben und dargethan wurde, daß eine Schuld gar nicht vorhanden war. So lange dieß nicht geschehen ist — und ob es geschehen könne, ist nach processualischen Vorschriften (s. §. 1450) zu beurtheilen — gilt der Grundsatz: res judicata pro veritate accipitur. — In wie ferne ein Vergleich entkräftet werden könne, wenn sich der gänzliche Mangel eines Rechtes auf Seite einer Partei entdeckt, ist bereits oben (S. 620) bei Erörterung des §. 1387 angedeutet worden ***).

§. 1433.

Diese Vorschrift (§. 1432) kann aber auf den Fall, in welchem ein Pflegebefohlener, oder eine andere Person bezahlt hat, welche nicht frei über ihr Eigenthum verfügen kann, nicht angewendet werden.

Personen, die unvermögend sind, ihr Vermögen zu verwalten (Pflegebefohlene) können ohne Genehmigung ihrer gesetzlichen Vertreter (nach Umständen des Gerichtes) nichts von dem Ihrigen veräußern (§§. 152, 244 u. 282); das Gesetz (§. 1421) erkennt daher nur die durch sie geschehene Abtragung einer richtigen und verfallenen Schuld für rechtswirksam an; verjährte, wegen Mangels der Förmlichkeiten ungiltige oder nicht klagbare

---

*) In diesem Sinne entschied der oberste Gerichtshof (allg. öst. Ger.-Ztg. 1852, Nr 149), daß die Bestimmung des § 1432 auf Zahlungen von Zinsen eines Darlehens, welche das gesetzliche Maß erlaubter Vertragszinsen überschreiten, nicht anwendbar sei, vielmehr die Rückforderung der zu viel bezahlten Zinsen stattfinde.

**) Nach römischem Rechte fand hier nach Umständen die condictio sine causa und ob turpem oder injustam causam statt. Vgl. Puchta, a. a. O. §§. 310, 311 u. 312.

***) Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. Nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Si autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, et repetitio dabitur. fr. 65. §. 1. Dig. de cond. indeb. (12, 6).

Verbindlichkeiten können aber nicht im vollen Sinne des Wortes als „richtige“ betrachtet werden; die Zahlung einer solchen Schuld unterliegt demnach allerdings der Rückforderung nach §. 1431, wenn nicht ein Ausnahmsfall (§§. 151, 246 u. 247) Platz greift, in welchem auch der Pflegebefohlene sich giltig zu verbinden im Stande war.

§. 1434.

Die Zurückstellung des Bezahlten kann auch dann begehret werden, wenn die Schuldforderung auf was immer für eine Art noch ungewiß ist, oder wenn sie noch von der Erfüllung einer beigesetzten Bedingung abhängt. Die Bezahlung einer richtigen und unbedingten Schuld kann aber deßwegen nicht zurück gefordert werden, weil die Zahlungsfrist noch nicht verfallen ist.

1) Die Frage, ob eine Schuld oder Nichtschuld vorhanden ist, muß nach dem Zeitpunkte der Zahlung beurtheilt werden. War also die Schuldforderung noch ungewiß, d. h. ihrer Quantität oder Qualität nach unbestimmt (wie es z. B. bei dem Anspruche auf den Ersatz eines noch nicht gehörig ausgemittelten Schadens der Fall sein könnte), oder von dem Resultate einer noch schwebenden Bedingung *) oder eines als Bedingung wirkenden Zeitpunktes (§. 704) abhängig, so war zur Zeit eigentlich noch gar keine (oder wenigstens keine bestimmte) Schuld vorhanden; es kann also das voreilig Geleistete, wenn die sonstigen Voraussetzungen des §. 1431 eintreten, zurückgefordert werden; es versteht sich jedoch nur in so lange, als eben die Unbestimmtheit oder Ungewißheit der Forderung noch dauert.

2) War dagegen die Schuldforderung richtig und unbedingt und nur noch nicht fällig, so findet eine Rückforderung nicht statt **), wofern nur die Zahlung von einem zahlungsfähigen Schuldner geleistet (§. 1421) und dieser nicht über den Zeitpunkt der Fälligkeit von dem Gegner in Irrthum versetzt worden wäre (Analogie aus §. 874) ***). Den Grund dieser Bestimmung sucht Zeiller †), wie es scheint ganz richtig darin, daß der Schuldner, um seiner Verbindlichkeit los zu werden, oft wissentlich früher zahlt, und der befriedigte Gläubiger inmittelst schon andere Vorkehrungen mit den bezahlten Capitalien getroffen haben kann, während der Schuldner höchstens die indessen gelaufenen Zinsen aus seiner Voreiligkeit einbüßt.

---

*) Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. fr. 16. pr. Dig. l. c. (12, 6).

**) In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. fr. 10. Dig. l. c. (12, 6).

***) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 194.

†) Comment. Bd. 4, S. 162.

§. 1435.

Auch Sachen, die als eine wahre Schuldigkeit gegeben worden sind, kann der Geber von dem Empfänger zurück fordern, wenn der rechtliche Grund, sie zu behalten, aufgehört hat.

1) Dem Falle der Zahlung einer Nichtschuld ähnlich ist derjenige, wo zwar zur Zeit der Leistung eine wirkliche Schuld vorhanden war, diese aber später hinweggefallen ist, und der rechtliche Grund, das Empfangene zu behalten, für den Empfänger aufgehört hat. Dieß kann geschehen, wenn etwas um eines künftigen Erfolges willen gegeben wurde, sobald dieser Erfolg nicht eintritt, sei es durch Zufall, sei es durch Verschulden des Empfängers *). Auf diesem Grunde beruht die Verfügung der §§. 1247 u. 1265, und andere Bestimmungen, die bei einzelnen Verträgen zur Sprache gekommen sind. Immer aber muß der beabsichtigte Erfolg ein möglicher und erlaubter gewesen sein, da nach §. 1174 dasjenige, was Jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, nicht wieder zurückgefordert werden kann; auch darf sich die geschehene Leistung nicht als Folge einer bestehenden gegenseitigen Verbindlichkeit darstellen, da nach §. 919 in dem Falle, wenn ein Theil den Vertrag nicht erfüllet, der andere Theil in der Regel und ohne einen ausdrücklichen Vorbehalt nicht berechtiget ist, die Aufhebung des Vertrages, sondern nur die genaue Erfüllung desselben und Ersatz zu fordern.

2) In gleicher Weise kömmt der §. 1435 anzuwenden, wenn Etwas um eines fortdauernden Verhältnisses willen geleistet, z. B. eine Caution in einem Dienstverhältnisse bestellt, von Seite eines Pächters für die richtige Erfüllung seiner Verbindlichkeiten ein Pfand gegeben wurde, sobald dieses Verhältniß aufgelöst wird (§. 469), und daher der Grund der früheren Leistung entfällt.

3) Endlich geschieht es manchmal, daß der Verpflichtete dasjenige, was er eigentlich zu leisten verbunden ist, nicht entrichten kann, weil es z. B. in Verlust gerathen ist u. dgl. Wird nun statt dessen dem Beschädigten eine Vergütung geleistet, so ist diese als eine wahre Schuldigkeit anzusehen (§§. 965, 979 u. a. m.). Erhält aber der Empfänger später die abzutragende Sache in natura, so hört der Grund, den Entschädigungsbetrag zu behalten, auf, und der Geber kann diesen mit der Klage des §. 1435 zurückfordern (s. §. 980) **).

---

*) Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, puta ut filius emanciperetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discederetur, causa secuta repetitio cessat. fr. 1. pr. Dig. de cond. causa data, causa non secuta (12, 4).

**) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 195.

§. 1436.

War Jemand verbunden, aus zwei Sachen nur Eine nach seiner Willkühr zu geben, und hat er aus Irrthum beide gegeben, so hängt es von ihm ab, die eine oder die andere zurück zu fordern.

In dem Falle des vorstehenden Paragraphen ist eine der beiden Sachen als Nichtschuld gegeben worden, es findet also die Zurückforderung nach §. 1431 statt; die Wahl aber, welche von beiden zurückzustellen sei, wird consequent demjenigen überlassen, dem bei der Leistung selbst die Wahl zugestanden wäre; dieß ist in der Regel (§. 906) der Schuldner (Geber), daher §. 1436 auch nur dieses Falles („nach seiner Willkühr") erwähnt. Die Vorschrift desselben muß aber im Wege der Analogie auch auf jenen Fall ausgedehnt werden, wo die Wahl dem Gläubiger (dem Empfänger) zukam (§. 907), unter welcher Voraussetzung sohin diesem auch die Wahl des zurückzustellenden Gegenstandes überlassen bleibt.

§. 1437.

Der Empfänger einer bezahlten Nichtschuld wird als ein redlicher oder unredlicher Besitzer angesehen, je nachdem er den Irrthum des Gebers gewußt hat, oder aus den Umständen vermuthen mußte, oder nicht.

1) Es ist schon oben (S. 668) im Allgemeinen angedeutet worden, worauf im Falle der Zahlung einer Nichtschuld die Forderung des Zahlenden gerichtet werden könne; es kömmt aber hier noch näher auf diese Frage einzugehen und dabei zuvörderst der Hauptfall hervorzuheben, den auch der §. 1437 unmittelbar vor Augen gehabt zu haben scheint, daß eine einzelne Sache aus Irrthum Jemandem geleistet wurde, der gegen den Zahlenden kein Recht darauf hatte. Daß diese Sache, sobald sie bei dem Empfänger noch vorhanden ist, zurückgefordert werden könne, unterliegt nach der klaren Vorschrift des §. 1431 keinem Zweifel. Es entsteht nun aber die weitere Frage, was in Ansehung des Zuwachses und der Früchte, so wie hinsichtlich der etwa darauf verwendeten Auslagen zu gelten habe *)? In dieser Beziehung muß nun zufolge der Anordnung des vorstehenden §. 1437 unterschieden werden, ob der Empfänger den Irrthum des Gebers gewußt hat, oder aus den Umständen vermuthen mußte, oder nicht; im

---

*) Ei, qui indebitum petit, et fructus et partus restitui debent, deducta impensa. fr. 65. §. 5. Dig. l. c. (12, 6). — Indebiti soluti condictio naturalis est, et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem, utputa partus, qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accesserit, imo et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide perceperit, in condictionem venient. fr. 15. pr. l. c. — S. auch fr. 7. §. 1 u. fr. 12. Dig. de cond. caus. dat. (12, 4).

ersten Falle ist er als ein redlicher Besitzer anzusehen, und es kommen daher die §§. 329—332 auf ihn anzuwenden; im zweiten Falle wird er dagegen als unredlicher Besitzer nach §§. 335 u. 336 behandelt.

2) Was ist aber dann Rechtens, wenn der Empfänger die erhaltene Sache verzehrt, vertilgt, verloren oder veräußert hat? Daß der unredliche Empfänger auch in diesen Fällen allen durch seine unredliche Handlungsweise entstandenen Schaden zu ersetzen habe, dürfte nach der bestimmten Verfügung des §. 335 kaum bezweifelt werden; streitiger aber ist die Frage, ob und in wie ferne der redliche Erwerber unter den genannten Voraussetzungen in Anspruch genommen werden könne? Bleibt man bei dem trockenen Wortlaute des §. 1437 stehen, so könnte man im Hinblicke auf den §. 329 der Meinung beipflichten, daß in keiner Beziehung ein Anspruch gegen ihn erhoben werden könne; allein der §. 1437 muß, wie uns scheint, im Zusammenhange mit §. 1431 aufgefaßt werden, und dieser geht, da er von der „Zurückforderung" der geleisteten Sache spricht, offenbar von der Voraussetzung aus, daß die Sache noch im Besitze des Empfängers sei. Die Frage der Rückstellung des geleisteten Gegenstandes selbst wird also nicht aus §. 1437, sondern vielmehr aus §. 1431 zu beantworten sein und der erstgenannte Paragraph sich bloß auf die Accessionen und den Aufwand beziehen. Im §. 1431 ist aber der Fall, wenn die geleistete Sache sich nicht mehr in den Händen des Empfängers befindet, unmittelbar nicht gelöst; es muß also bei Beantwortung derselben die Analogie (§. 7) zu Hilfe genommen werden, und diese bietet sich in der Verfügung des Schlußsatzes des mehrerwähnten §. 1431 dar. Nach derselben ist nämlich, wenn nicht eine Sache, sondern eine Handlung geleistet wurde, ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn an den Zahler der Nichtschuld zu entrichten, weil die Handlung selbst nicht „zurückgestellt" werden kann. Ganz etwas Aehnliches ist aber dann der Fall, wenn die geleistete Sache verloren, vertilgt, verzehrt oder veräußert wurde. Auch hier ist eine Rückstellung in natura nicht möglich; es dürfte also der eben ausgesprochenen Analogie zu Folge ein dem verschafften Nutzen angemessener Betrag dem Empfänger abgefordert werden können, so daß dieser aus dem Schaden des Zahlenden keinen Gewinn ziehe (§. 1447). Hätte der Empfänger also die erhaltene Sache veräußert, so könnte er zur Herausgabe dessen verhalten werden, was er dafür bekommen und noch in Händen hat; hätte er sie verzehrt, so würde er den Werth des verzehrten Gegenstandes, den er sonst anderweitig hätte auslegen müssen, zu ersetzen haben, hätte er sie dagegen verloren oder vertilgt, und also keine Bereicherung dadurch erfahren, so würde er auch weiter nicht in Anspruch genommen werden können*); — ist endlich Jemandem der Gebrauch

*) Wir sind hier zum Theile der scharfsinnigen Erörterung Nippel's (in seinen Erläut. Bd. 8. II. S. 197) gefolgt, nur scheint uns dieser Schriftsteller bei der Anwendung der Analogie aus dem Schlußsatze des §. 1431 auf halbem Wege stehen geblieben zu sein, wenn er sie nur für den Fall der Veräußerung, nicht auch für jenen der Verzehrung des empfangenen Gegenstandes gelten lassen will. — Eben so wenig können wir der weitern Ansicht Nippel's beipflichten (a. a. O. S. 199), daß, wenn fungible Sachen gegeben worden, die Klage nur auf Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art

oder Fruchtgenuß einer Sache indebite eingeräumt worden, so würde dem Gesagten zu Folge der Geber nicht nur die Sache selbst zurückfordern, sondern auch eine, dem verschafften Nutzen angemessene Vergütung selbst von dem redlichen Empfänger begehren können *).

§. 1438.

2) Compensation.

Wenn Forderungen gegenseitig zusammen treffen, die richtig, gleichartig und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden kann, so entsteht, in so weit die Forderungen sich gegen einander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirket.

§. 1439.

Zwischen einer richtigen und nicht richtigen, so wie zwischen einer fälligen und noch nicht fälligen Forderung findet die Compensation nicht Statt. In wie fern gegen eine Concursmasse die Compensation Statt finde, wird in der Gerichtsordnung bestimmet.

§. 1440.

Eben so lassen sich Forderungen, welche ungleichartige, oder bestimmte und unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, gegen einander nicht aufheben. Eigenmächtig entzogene, entlehnte oder in Verwahrung genommene Stücke sind überhaupt kein Gegenstand der Compensation.

1) Eine der Zahlung verwandte Aufhebungsart der Rechte und Verbindlichkeiten ist die Compensation (Abrechnung), welche mit Rücksicht auf das Bedürfniß des Verkehres eingeführt wurde, um ein überflüssiges Hin- und Herzahlen zu vermeiden. Sie ist die gegenseitige Aufhebung zweier Verbindlichkeiten durch das Zusammentreffen derselben in der Art, daß dasjenige, was dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch

---

und Güte zu richten sei. Weder im §. 1431, noch im §. 1437 und in den §§. 329—335 ist zwischen fungiblen und nicht fungiblen Sachen ein Unterschied gemacht, und der im römischen Rechte (fr. 19. §. 2. Dig. de cond. ind. [12, 6]) enthaltene Grundsatz, daß bei fungiblen Sachen die condictio indebiti die Natur einer Darlehensklage nachahme (Thibaut, a. a. O. §. 565) ist in unserm G. B. nirgends ausgesprochen.

*) Auch hier ist Nippel (a. a. O. S. 203) anderer Meinung, allein seine Argumentation ist eine durchaus gezwungene. Dagegen heißt es im fr. 65 §. 8. Dig. l. c. (12, 6) ganz richtig: Sic et habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

als Schuldner dem Andern zu leisten kömmt *). Man hat dieselbe häufig in eine freiwillige (compensatio voluntaria) und nothwendige (necessaria) eingetheilt, je nachdem sie auch ohne das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse durch das wechselseitige Einverständniß der Parteien herbeigeführt wird, oder auch gegen den Willen der letzteren kraft der Anordnung des Gesetzes Platz greift **). Allein die s. g. freiwillige Compensation kann nur im uneigentlichen Sinne eine solche genannt werden; sie ist vielmehr ein (liberatorischer) Neuerungsvertrag, der nach den dafür aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen kömmt, so daß für den eigentlichen Begriff der Compensation nur die s. g. nothwendige Abrechnung übrig bleibt ***). Dieß scheint unser b. G. B. anzudeuten, indem es am Schlusse des §. 1438 hervorhebt, daß die Compensation schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt †).

2) Damit die Compensation Platz greife, müssen die Forderungen gegenseitige sein, so daß jeder Theil zugleich Schuldner und Gläubiger des Andern ist; es kann daher ein Schuldner seinem Gläubiger dasjenige nicht in Anrechnung bringen, was dieser einem Dritten und der Dritte dem Schuldner zu bezahlen hat ††). Die Beschränkungen, welche dieser Grundsatz erleidet, werden bei der Erörterung der §§. 1441—1443 näher in Betrachtung gezogen werden.

3) Ein weiteres Erforderniß besteht darin, daß die zu compensirenden Forderungen richtig seien. Man unterscheidet gemeiniglich eine objective und subjective Richtigkeit. Erstere ist vorhanden, sobald die Forderung zur Existenz gelangt ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie auch erwiesen sei oder nicht; letztere tritt erst dann ein, wenn zugleich der Beweis ihres Bestandes hergestellt ist †††). Die §§. 1438 u. 1439 scheinen nun den Begriff der Richtigkeit in dem Sinne aufgefaßt zu haben, daß nur die Möglichkeit des Beweises gefordert, keineswegs aber vorausgesetzt werde, daß dieser Beweis zur Zeit, da die Compensation geltend gemacht werden will, schon hergestellt sei. In diesem Sinne wird der Ausdruck „richtig" in den §§. 1396, 1397, 1406, 1421 u. 1434 gebraucht, wo überall eine noch nicht durch Urtheil für liquid erkannte Forderung vorausgesetzt

---

*) Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. fr. 1. Dig. de comp. (16, 2).

**) Dr. V. A. Wagner, über die Compensation im österreichischen Civilprocesse. Wien u. Triest 1817, S. 13 u. 20.

***) Unusquisque creditorem suum eundemque creditorem petentem summovet, si paratus est compensare. — Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. fr. 2 u. 3. Dig. l. c. (16, 2).

†) Dr. Carl Habietinek, Beiträge zur Theorie der Compensation nach österreichischem Rechte mit Rücksicht auf das gemeine Recht (in Haimerl's Magazin, Bd. 16. S. 185). — Hiermit ist nicht ausgeschlossen, daß die Parteien selbst in einem Falle, wo die Compensation „für sich" eintreten würde, ein Uebereinkommen darüber treffen, welches sohin als maßgebend erscheint. Vgl. den in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1857, Nr. 118, mitgetheilten Rechtsfall.

††) Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare. fr. 18. §. 1. Dig. l. c. (16, 2).

†††) Wagner, a. a. O. S. 15.

wird *), und in der That würde auch die Compensation nur in den seltensten Fällen zur Anwendung kommen können, wenn man nur jene Forderung für compensationsfähig ansehen wollte, deren Richtigkeit schon durch richterlichen Ausspruch (oder was diesem gleichgehalten wird) festgestellt ist. Es muß also der Schuldner, der von der Compensation Gebrauch machen will, in dem Processe, der gegen ihn anhängig ist, zum Beweise seiner Gegenforderung zugelassen werden, und es kann die Compensation deßhalb nicht ausgeschlossen sein, weil der Beweis des Bestandes der Gegenforderung nicht schon früher geführt wurde. Dieß hängt mit der später zu berührenden Art und Weise der Geltendmachung der Compensation im Proceßwege zusammen, hinsichtlich deren gegenwärtig nur bemerkt wird, daß die Compensation als Einwendung (Einrede, exceptio) dem Klagenden entgegengesetzt werden muß, und daß sohin in dem Urtheile implicite über die Zulässigkeit der Compensation und damit zugleich über die Liquidität der in Abrechnung gebrachten Gegenforderung erkannt wird **). Doch wird dieser Grundsatz nicht in seiner ganzen Strenge aufrecht erhalten. Schon K. Justinian hat in der const. 14. Cod. de comp. (4, 31) die Bestimmung getroffen: Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus connodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tum ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes exsistant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam, jam paene expeditam, sententia terminali componant. Dieß ist denn auch noch heutzutage die constante Praxis der Gerichte, für welche schon Pratobevera (in seinen Mater. Bd. 7. S. 383) in die Schranken getreten ist. „Es scheint," sagt dieser hochgeachtete Schriftsteller, „kein anderes Auskunftsmittel zur Verhütung der Chicane und doch auch zur Sicherstellung und Geltendmachung einer wahren Compensation zu geben, als daß der Richter nach seinem Ermessen . . . die Compensationsfähigkeit in der Beziehung der Liquidität beurtheile, die schlechthin widersprochene Gegenforderung nicht darum allein ad separatum verweise, wodurch jede Einwendung der Compensation durch bloßes Ableugnen vereitelt werden könnte, sondern dem sich darauf berufenden Theile die Beweisführung eben so wenig, als bei der Einwendung der wirklichen Zahlung verschränke, besonders wenn sie in continenti, z. B. bei widersprochenen Urkunden über die Gegenforderung durch Auftragung des Diffessionseides möglich, oder auch des Klägers Forderung bestritten und von einer längeren Beweis-

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 208.

**) Vgl. den von Dr. Menzel dargestellten Rechtsfall im Juristen, Bd. 16, S. 484.

führung abhängig ist" *). — Keinem Zweifel unterliegt es übrigens, daß wegen Mangels der Richtigkeit jene Forderungen nicht compensabel seien, die auf keinem oder einem ungiltigen Rechtstitel (z. B. einem unerlaubten Vertrage) beruhen, oder die bereits rechtskräftig aberkannt worden ist **), oder die durch eine entgegengesetzte Einwendung (z. B. des Irrthumes oder Zwanges) vernichtet werden kann ***). Zweifelhafter ist die Frage, ob auch eine solche Forderung, die zwar nicht ungiltig ist, zu deren Eintreibung das Gesetz aber das Klagerecht versagt hat, compensationsfähig sei? Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 111) verneint diese Frage, weil es widersprechend wäre, wenn man Jemanden durch Abrechnung zu einer Leistung nöthigen könnte, zu der er durch eine Klage nicht gezwungen werden soll, und weil §. 1421 bestimmt, daß auch unfähige Personen eine richtige Schuld rechtmäßig abtragen können, während §. 1433 die Rückforderung gestattet, wenn eine solche Person eine Schuld bezahlt hat, zu deren Eintreibung das Gesetz das Klagerecht versagt; — allein uns scheint der gerügte Widerspruch durchaus nicht vorhanden zu sein, denn es liegt überhaupt in der Natur einer zwar giltigen aber nicht klagbaren Forderung, daß sie nur eben nicht im Wege der Klage, wohl aber als Einwendung geltend gemacht werden könne, und es ist nicht abzusehen, warum hier die Einwendung der Compensation ausgeschlossen sein solle; was aber die Berufung auf die §§. 1421 u. 1433 betrifft, so enthält letzterer nur eine, durch die besondern Verhältnisse des Zahlers herbeigeführte Ausnahme von dem Grundsatze des §. 1432, die wir auch bei der Compensation zuzugestehen keinen Anstand nehmen; für den Zahlungsunfähigen mag eine nicht klagbare Forderung immerhin als nicht „richtig" erscheinen, daraus folgt noch nicht, daß sie auch in Beziehung auf einen Zahlungsfähigen als solche anzusehen sei; es scheint uns vielmehr auch im österreichischen Rechte der Grundsatz des römischen Rechtes zu gelten, daß jede Schuld compensabel ist, welche, wenn sie aus Irrthum gezahlt wurde, die condictio indebiti ausschließt †), welch' Letzteres nach §. 1432 bei nicht klagbaren Forderungen ohne Zweifel eintritt.

---

*) Vgl. den o. a. Rechtsfall v. Menzel, dann den Civilrechtsfall in der allg. öst. Ger.-Ztg., J. 1854, Nr. 21, wo der oberste Gerichtshof bei seiner Entscheidung vom 29. December 1853, Z. 13039, ebenfalls von dem Grundsatze ausging, daß in dem Falle, als der Geklagte die Richtigkeit der eingeklagten Forderung gesteht, derselbe aber die Compensation mit einer Gegenforderung entgegenstellt, deren Richtigkeit nicht in continenti, sondern erst mittelst einer weitläufigen Beweisführung dargethan werden müßte, der Compensation nicht Statt zu geben sei.

**) Ex causa quidem judicati si debitum solutum repeti non potest, eapropter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est. const. 2. Cod. l. c. (4, 31).

***) Quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. fr. 14. Dig. l. c. (16, 2).

†) Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem. fr. 30. Dig. de cond. ind. (12, 6). — Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. fr. 6. Dig. de comp. (16, 2).

4) Die Compensirbarkeit einer Forderung setzt ferner voraus, daß sie bestimmt sei, und es heißt deßhalb im §. 1440, daß sich Forderungen, welche bestimmte und unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, gegen einander nicht aufheben. Man kann demnach, wie Winiwarter (bürgl. Recht, Band 5, S. 113) ganz richtig bemerkt, das Recht, überhaupt einen Unterhalt zu fordern, nicht zur Compensation gebrauchen, sondern nur den Anspruch auf einen bestimmten Unterhaltsbetrag; und eben so ist keine Compensation zuläßig, wenn erst bestimmt werden soll, in wieferne nach §. 1191 der Schaden, den ein Mitglied durch ein eigenmächtig unternommenes Geschäft der Gesellschaft verursacht hat, mit dem dabei verschafften Nutzen ausgeglichen werden könne, oder in wie ferne nach §. 1312 bei der Dienstleistung im Nothfalle der sicher verschaffte Nutzen gegen den dabei verursachten Schaden in Rechnung zu bringen sei u. dgl.*).

5) Die Zahlungspflicht hängt (nach §. 1413) auch von der Fälligkeit der Forderung ab, es ist also ganz consequent, wenn im §. 1439 die Compensation, die (nach §. 1439) eine gegenseitige Zahlung bewirken soll, zwischen einer fälligen und noch nicht fälligen Forderung als unstatthaft erklärt wird**). Um so mehr muß dieß von einer bedingten und unbedingten Forderung gelten, deren erstere, bei einer aufschiebenden Bedingung nur ein künftiges, bei einer auflösenden Bedingung ein bloß zeitliches, jedenfalls ein unsicheres Recht gewährt, während bei einer unbedingten Forderung das Recht schon vorhanden, sicher und beständig dauernd ist. Ja selbst beiderseits bedingte Forderungen sind (wie Wagner a. a. O., S. 44, ganz richtig hervorhebt), auch wenn die Bedingungen ganz ähnlich wären, keiner Compensation fähig, weil es möglich ist, daß die eine erfüllt, die andere nicht erfüllt wird, also während die eine bereits zur Realität gelangt ist, die andere noch im Reiche der Möglichkeit schwebt und am Ende wohl auch gar nie realisirt wird, oder daß bei auflösenden Bedingungen die eine Forderung fortbesteht, während die andere wegen des Eintrittes der auflösenden Bedingung schon wieder erloschen ist.

6) Endlich müssen compensirbare Forderungen gleichartig, d. h. so beschaffen sein, daß eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden kann, denn die Compensation bewirkt die gegenseitige Zahlung (§. 1438), in Ansehung dieser ist es aber Grundsatz (§. 1413), daß weder der Gläubiger gezwungen werden kann, etwas Anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner etwa Anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist. Eine individuell bestimmte Sache (wenn sie auch verbrauchbar ist, wie z. B. zehn Flaschen Tokayer aus dem Keller des Erblassers, die Jemandem als Vermächtniß zugedacht sind)***), kann daher weder mit einer anderen, ebenfalls individuell bestimmten Sache, noch mit einer bloßen Gattungsforderung compensirt werden, wofern nicht der Gläubiger dazu einwilliget,

---

*) Aus diesem Grunde wurde in dem in Nr. 73 u. 74 der allg. österr. Ger.-Ztg. 1856 dargestellten Rechtsfalle der Compensation nicht stattgegeben (Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 28. März 1856, Z. 2485).

**) Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quanquam dari oporteat. fr. 7. pr. Dig. de comp. (16, 2).

***) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 112.

und eben so wenig können verschiedenartige Gattungsforderungen (z. B. Wein und Getreide) gegen einander abgerechnet werden, sondern bloß der Quantität und Qualität nach bestimmte Forderungen vertretbarer oder als vertretbar zu behandelnder Sachen*); dagegen ist zur Gleichartigkeit der Forderungen nicht nothwendig, daß sie auf dem nämlichen Rechtstitel, auf demselben obligatorischen Verhältnisse beruhen, sondern eine Compensation ist auch dann zulässig, wenn sie ex dispari causa herrühren, also die eine aus einem Darlehen, die andere aus einer zugefügten Beschädigung u. dgl. hervorgeht**). Auch eine Verschiedenheit des Ortes der zu leistenden Zahlung, scheint der Compensirbarkeit nicht entgegen zu stehen, sondern nur die Folge zu haben, daß dasjenige in Anschlag gebracht werde, was dem Gläubiger daran liegt, daß die Zahlung nicht an dem bestimmten Orte geleistet wurde***).

7) Ausnahmsweise ist in einigen Fällen, wenn auch sonst alle Erfordernisse vorhanden sind, die Compensation ausgeschlossen, weil sie als eine unzulässige Selbsthilfe erscheinen, und das gegenseitige Vertrauen der Mitbürger erschüttern würde. Deßhalb sind in Vergewahrung genommene†), eigenmächtig entzogene††), entlehnte Stücke, kein Gegenstand der Compensation. Die Ausdehnung dieser Vorschrift auf in Bestand genommene Sachen, und auf alle Fälle, in welchen Jemand als bloßer Inhaber einer fremden Sache (z. B. als Finder) dieselbe herauszugeben schuldig ist†††), können wir aber nicht als statthaft ansehen, da Ausnahmen überhaupt keine Analogie zulassen, und da überdieß keine „Aehnlichkeit der Fälle" obwaltet, wo sich nicht ein gleicher Mißbrauch des Vertrauens zeigt. Uebrigens wird bei in Bestand genommenen, gefundenen Sachen u. dgl. die Compensation meist aus einem anderen Grunde ausgeschlossen sein, nämlich deßhalb, weil es sich dabei um individuell bestimmte Sachen handelt, bei denen eine Vertretung nicht zulässig ist (s. oben).

8) In welcher Weise die Compensation im Processe (insbesondere auch im Executionsverfahren und im Concursprocesse) geltend zu machen sei, ist eigentlich ein Gegenstand der Erörterung des civilgerichtlichen Verfahrens. Hier kömmt nur so viel zu bemerken, daß unser allg. bgl. G. B.

---

*) Vgl. fr. 18. pr. Dig. de pign. act. (13, 7), fr. 13. §. 2. Dig. de pignor. (20, 1); const. 6. Cod. de rer. vind. (3, 32).

**) Puchta, a. a. O. §. 289.

***) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 115. — Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum; si petit a me, quam ei debeo pecuniam; quaero: an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondi: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportere, sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titio interfuit eo loco, quo convenerit, pecuniam dari. fr. 15. Dig. l. c. (16, 2).

†) Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, etc. const. 11. Cod. dep. (4, 34).

††) Possessionem etiam alienam perperam occupantibus compensatio non datur. const. 14. §. 2. Cod. de comp. (4, 31).

†††) Vgl. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 118.

(§. 1443) ausdrücklich die Compensation als eine „Einwendung“ bezeichnet, während das Hfdkrt. vom 15. Jänner 1787, lit. n, die Bestimmung getroffen hatte, daß „auch die Compensationsrechte in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden müssen.“ Mit Recht hat schon Wagner (a. a. O.) hervorgehoben, daß es nach der Verfügung des eben angeführten Hofdekretes in Oesterreich eigentlich gar keine Compensation mehr gab, daß diese aber durch das allg. bgl. G. B. in ihre alten, auf die Natur der Sache und die allgemein angenommenen Begriffe sich gründenden Rechte wieder eingesetzt wurde, so daß sie nicht mehr in Gestalt einer Widerklage angebracht zu werden braucht, sondern dem Kläger als Einwendung entgegengesetzt werden kann*).

9) Es erübrigt endlich noch die Frage, ob compensationsfähige Gegenforderungen sich schon durch ihre Coexistenz gegenseitig aufheben, oder ob diese Aufhebung erst dadurch bewirkt werde, daß sich der geklagte Schuldner der Einwendung der Compensation bedient, und im letzteren Falle, ob die Compensation erst von dem Augenblicke der geschehenen Einwendung als wirksam zu betrachten sei, oder ob ihre Wirkung auf den Zeitpunkt des Entstehens der Gegenforderung zurückbezogen werden müsse? Auch unter den Civilisten herrscht dießfalls keine Uebereinstimmung. Der älteren Ansicht zu Folge wirkt die Compensation ipso jure (sine facto hominis) in dem Momente des Zusammentreffens gegenseitiger Forderungen; neuere Schriftsteller (wie Puchta a. a. O., §. 290) sind der Meinung, daß es allerdings einer besonderen Geltendmachung derselben gegen die Klage des Gläubigers durch den Schuldner ope exceptionis bedürfe, daß aber sohin die Forderung als von selbst um den Betrag der Gegenforderung von der Entstehung dieser an gemindert zu betrachten sei, während andere (vergl. Brinz, die Lehre von der Compensation, 1849 und Dernburg, die Compensation nach römischem Rechte, 1854), auch diese rückwirkende Kraft der Compensation nicht zugeben wollen, sondern ihre Wirkung erst mit dem Zeitpunkte eintreten lassen, da sie dem Kläger als Einwendung entgegengesetzt wird. Es ist hier nicht zu untersuchen, welche dieser Ansichten nach römischem Rechte die richtige sei; nach österreichischem Rechte scheint uns nur so viel behauptet werden zu können, daß die Compensation zwar nicht im Augenblicke des Zusammentreffens gegenseitiger Forderungen eintrete, daß ihre Wirkungen jedoch auf diesen Moment zurückbezogen werden müssen, ungeachtet sich Theorie und Praxis bis auf die neueste Zeit herab dagegen erklärten**). Durch das

---

*) Vgl. hierüber außer den bereits angeführten Schriften noch: Dr. Mich. Schuster: Wie ist das Compensationsrecht geltend zu machen? Wien 1830. — Staudinger: über die Geltendmachung der Compensation im Executionswege (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1835. I. S. 279). — K. Stäblin, über die Compensation im Concursfalle (ebd. 1840. I. S. 106). Zugschwerdt, über das Compensationsrecht im Concursfalle (Jurist, Bd. 10, S. 435); — dann die Civilrechtsfälle in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1826. II. S. 242 und in der allg. öst. Ger.-Ztg. 1853, Nr. 1 — endlich über die Compensationsrechte der Handelsleute den Aufsatz von Mikolasch in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1840, II. S. 57 und den Rechtsfall in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1852, Nr. 51.

**) Vgl. Dr. Habietinek, a. a. O.

Zusammentreffen einer Forderung mit einer compensablen Gegenforderung wird nämlich allerdings „für sich", d. h. ohne daß es dazu der Einwilligung des Gegentheiles bedarf (s. oben S. 675), das Recht zur Compensation begründet, diese selbst aber noch nicht effectuirt, und mithin auch noch keine gegenseitige Erlöschung der zusammentreffenden Forderungen bewerkstelligt; wäre dieses der Fall, so wäre nicht abzusehen, wie der §. 29 der allg. Concursordnung verfügen könnte, daß diejenigen Concursgläubiger, „welche bis an den in den Edicten bestimmten Tag ihre Forderung nicht angemeldet haben, nicht mehr anzuhören seien, wenn ihnen auch ein Compensationsrecht gebührte, und daß sie sogleich, wenn sie in die Masse schuldig wären, ungeachtet des Compensationsrechtes, so ihnen sonst zu Statten gekommen wäre, ihre Schuld abtragen müßten," da die Anmeldung einer bereits erloschenen Forderung doch offenbar nicht angeordnet werden konnte*). Eben so wenig ließe sich die Vorschrift des §. 1442 erklären, wenn gegenseitige Forderungen sich schon im Augenblicke ihrer Coexistenz aufheben würden, da eine nicht mehr existirende Forderung doch kein Gegenstand einer giltigen Abtretung sein kann. Das Zurückbeziehen der Wirkung einer, im Wege der Einwendung geltend gemachten Compensation auf den Zeitpunkt des Zusammentreffens der wechselseitigen Forderungen, scheint uns der zur Zeit der Abfassung unseres bgl. G. B. herrschend gewesenen Theorie wenigstens nicht so schroff entgegen zu stehen, als die Ansicht der neuesten Civilisten.

10) Die Wirkung einer gehörig durchgeführten Compensation ist die einer gegenseitigen Zahlung, insoweit als die Forderungen sich gegen einander ausgleichen**).

§. 1441.

Ein Schuldner kann seinem Gläubiger dasjenige nicht in Aufrechnung bringen, was dieser einem Dritten und der Dritte dem Schuldner zu zahlen hat. Selbst eine Summe, die Jemand an eine Staatscasse zu fordern hat, kann gegen eine Zahlung, die er an eine andere Staatscasse leisten muß, nicht abgerechnet werden.

1) Da nach §. 1438 nur gegenseitige Forderungen mit einander compensirt werden können, so folgt hieraus von selbst, daß ein Schuldner seinem Gläubiger dasjenige nicht in Aufrechnung bringen kann, was dieser nicht ihm, sondern einem Dritten zu zahlen hat, wenngleich dieser Dritte

---

*) So wenig, als es Jemandem beifallen will, die bereits vor Eröffnung des Concurses erfolgte Zahlung an die Concursmasse anzumelden (Habietinek, a. a. O. S. 202).

**) Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. const. 4. Cod. de comp. (4, 31).

zu ihm (dem Schuldner) wieder in dem Verhältnisse eines Schuldners stünde. Aus diesem Grunde kann daher dem Vormunde, der im Namen seines Pupillen oder dem Machthaber, der im Namen seines Mandanten klagt, dasjenige nicht abgerechnet werden, was der Schuldner an den Vormund oder Bevollmächtigten selbst zu fordern hat *); dagegen kann ein Vormund oder Machthaber, der im eigenen Namen geklagt wird, auch nicht mit den Forderungen seines Pupillen oder Machtgebers compensiren. — Hat Jemand mehreren Personen zur ungetheilten Hand etwas zugesagt, so muß er das Ganze demjenigen Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht (§. 892); dieser kann daher auch, wenn der Schuldner eine Gegenforderung hat, derselben den ganzen Betrag der (ihm zur ungetheilten Hand zustehenden) Forderung compensando entgegensetzen, während von mehreren Mitgläubigern, die nicht zur ungetheilten Hand berechtiget sind, jeder nur mit seinem Antheile an der gemeinsamen Forderung compensiren kann; — sind mehrere Mitschuldner vorhanden, so muß ebenfalls unterschieden werden, ob sie im Verhältnisse der Correalität stehen, oder nicht; dem correus kann nämlich der ganze Schuldbetrag in Abrechnung gebracht werden (§. 891), einem lediglich pro rata partis haftenden Schuldner dagegen nur der auf ihn entfallende Antheil (§. 889). Daß der gemeinsame Schuldner einem klagenden Mitgläubiger jene Einwendungen nicht entgegensetzen könne, die er (nicht an ihn sondern) an einen andern Mitgläubiger zustellen hat, und daß der von dem gemeinsamen Gläubiger um Zahlung angegangene Mitschuldner nicht mit jenen Gegenforderung compensiren könne, welche (nicht ihm sondern) einem andern Mitschuldner zustehen, wurde bereits oben S. 63 erwähnt.

2) Dagegen kann vermöge der zwischen dem Erben und dem Erblasser bestehenden Personeneinheit (§. 547), der Erstere die Forderungen des Letzteren seinen eigenen Gläubigern allerdings entgegensetzen, muß sich aber auch gefallen lassen, daß sein Schuldner mit Forderungen, die ihm gegen den Erblasser zustanden, compensire. — Wird ein Bürge um die Zahlung der verbürgten Schuld angegangen, so kann er nicht nur dasjenige in Abrechnung bringen, was er selbst an den Kläger zu fordern hat, sondern er kann sich zur Compensation auch derjenigen Forderungen bedienen, welche der Hauptschuldner an den Gläubiger zu stellen hat, weil die Verbindlichkeit des Bürgen verhältnißmäßig mit jener des Hauptschuldners erlischt (§. 1363) **). — Endlich kann ein Hauptschuldner, für welchen der Bürge oder Zahler, ohne sich mit ihm einzuverstehen, die verbürgte Schuld bezahlt, diesem, wenn er ihn um Vergütung belangt, die Compensationseinwendung rücksichtlich derjenigen Forderungen, die er an den Gläubiger gehabt, entgegen setzen, da er nach §. 1361 überhaupt dem Bürgen Alles einwenden kann, was er gegen den Gläubiger hätte einwenden können ***)

*) Id, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet. fr. 16. Dig. de comp. (16, 2).

**) Wagner, a. a. O. S. 55. — Si quid a fidejussore petatur, aequissimum est, eligere fidejussorem, utrum quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit? Sed et si utrumque velit compensare, audiendus est. fr. 5. Dig. l. c. (16, 2). — S. auch fr. 4 ibd.

***) Wagner, a. a. O. S. 57.

3) Die Schlußbestimmung des §. 1441 ist deßhalb getroffen, weil die verschiedenen Staatscassen, obgleich sie alle vom Staate dotirt werden, und Staatsgelder einnehmen und verausgaben, doch eine abgesonderte Verrechnung führen, so daß eine Compensation, wenn die wechselseitigen Forderungen nicht eine und dieselbe Casse betreffen, zu Verwirrungen Anlaß geben würde *). Nach dem Hofkmd. v. 23. März 1838, Z. 22081 (Ellinger's Handb., S. 540) findet übrigens nicht nur zu Gunsten der Staatsverwaltung, sondern auch zu Gunsten der Privaten die Compensation der Forderung an eine Staatscasse mit der Schuld an eine andere Staatscasse nicht statt.

§. 1442.

Wenn eine Forderung allmälig auf Mehrere übertragen wird, so kann der Schuldner zwar die Forderung, welche er zur Zeit der Abtretung an den ersten Inhaber derselben hatte, so wie auch jene, die ihm gegen den letzten Inhaber zusteht, in Abrechnung bringen; nicht aber auch diejenige, welche ihm an einen der Zwischeninhaber zustand.

§. 1443.

Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Compensation einem Cessionar nur dann entgegen gesetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls und zwar bei der Forderung selbst eingetragen, oder dem Cessionar bei Uebernehmung der letzteren, bekannt gemacht worden ist.

1) Wenn eine Forderung an einen andern abgetreten wird, so kann sich nach §. 1396 der Cessus dem Cessionar gegenüber aller Einwendungen bedienen, die ihm gegen den Cedenten zustanden, weil die Rechte des Uebernehmers mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben sind (§. 1394) und durch den einseitigen Act der Cession die Lage des Cessionars nicht verschlimmert werden darf (s. oben S. 631); der Cessus kann also dem klagenden Cessionar nicht nur jene Forderungen in Abrechnung bringen, die er gegen diesen selbst zu stellen hat, sondern auch jene, die ihm zur Zeit der Abtretung gegen den Cedenten zustanden. Eine erst später entstandene Forderung scheint dagegen zur Compensation nicht geeignet zu sein; denn diese setzt gegenseitig zusammentreffende Forderungen (§. 1438) voraus, der Gläubiger

*) Et Senatus censuit, et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Atque hoc jus propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione, cujus mentionem fecisti, deberi constiterit, quam primum recipies. const. 1. Cod. de comp. (4, 31.).

ist aber nach vorgenommener Abtretung seiner Forderung nicht mehr berechtigt, dieselbe gegen den Schuldner geltend zu machen, es ist also von seiner Seite eine Gegenforderung nicht mehr vorhanden *).

2) Eine Ausnahme von dem unter Z. 1 aufgeführten Grundsatze greift dann Platz, wenn die cedirte Forderung den öffentlichen Büchern einverleibt war, und die Existenz einer compensirbaren Gegenforderung dem Cessionar bei der Uebernahme nicht bekannt gemacht wurde, weil er in diesem Falle im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat, dieses Vertrauen aber unter allen Umständen aufrecht erhalten werden muß. Dem Schulder bleibt unter solcher Voraussetzung nichts anders übrig, als entweder die Löschung der Hypothek aus dem öffentlichen Buche nach §. 469 zu bewirken, oder doch mindestens dafür Sorge zu tragen, daß seine Gegenforderung ebenfalls, und zwar bei der Forderung selbst einverleibt werde. Dieses hat nach der Analogie des Hofd. v. 29. August 1818 in der Form einer bloßen Anmerkung zu geschehen, da es sich hier nicht um die Erlangung eines neuen, dinglichen Rechtes, sondern bloß um die Evidenzhaltung des obwaltenden Verhältnisses und eigentlich darum handelt, dieses auch dritten Personen ersichtlich zu machen **). Daß übrigens der Cessus selbst in dem vorausgesetzten Falle dem Cessionare diejenigen Forderungen, die er gegen ihn selbst hat, in Abrechnung bringen könne, unterliegt keinem Zweifel, da hierdurch der Credit der öffentlichen Bücher nicht im Entferntesten berührt wird.

3) Ist eine Forderung allmählig auf mehrere Personen übertragen worden, so entsteht noch die weitere Frage ob der Cessus auch jene Forderungen, welche ihm gegen einen der Zwischeninhaber zustanden, im Compensationswege gegen den letzten Inhaber geltend machen könne? Streng genommen müßte dieß wohl behauptet werden, besonders wenn man an dem Principe festhält, das durch die Compensation die gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeit schon ipso jure bewirkt werde, in welchem Falle man zur Fiction eines Wiederauflebens der bereits erloschenen Forderung im Momente der Wiederveräußerung derselben seine Zuflucht nehmen muß, um die Verfügung des §. 1442, welcher das Gegentheil anordnet, zu erklären. Diese Verfügung schien übrigens, wie Zeiller (Comm., Bd. 4, S. 173) andeutet, auf der Ansicht zu beruhen, daß man dem letzten Inhaber nicht zumuthen könne, die rechtlichen Verhältnisse, in welchen der abgetretene Schuldner mit allen Zwischeninhabern steht, zu erforschen, wiewohl dieser Grund nicht vollkommen ausreicht, um dieselbe zu rechtfertigen ***). Nippel (Erläutr., Bd 8, II, S. 228) will übrigens die in Frage stehenden Vorschrift lediglich auf den Fall beschränken, in welchem der Cessus von der vorgenommenen Cession nicht verständiget wurde; allein der §. 1442 lautet ganz allgemein, und der Zweck, den das Gesetz durch denselben erreichen wollte, ist offenbar auch dann vorhanden, wenn der Cessus von der Cession

---

*) Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 229. — Daß dieser Ansicht der Schlußsatz des §. 1395 nicht entgegenstehe, wurde bereits oben (S. 630, Anmerkung **) zu zeigen versucht.

**) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5. S. 122.

***) Wagner, a. a. O. S. 51.

bereits unterrichtet war*). Allerdings wird sich der Cessus aber des Compensationsrechtes bedienen können, wenn die Gegenforderung, die er an einen Zwischencedenten hat, den öffentlichen Büchern eingetragen ist, da eine solche Einverleibung ein dingliches Recht bewirkt, welches gegen jeden Dritten, also auch gegen den letzten Inhaber geltend gemacht werden kann**).

§. 1444.

In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtiget ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben auch zum Vortheile seines Schuldners entsagen, und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben. 3) Entsagung.

1) Aus dem Begriffe des Rechtes, als einer Befugniß, geht hervor, daß der Berechtigte dasselbe auch unausgeübt lassen, oder sich dessen ganz oder zum Theile begeben kann, ohne es auf einen Andern zu übertragen. Das Recht erlischt dann nicht bloß in subjectiver, sondern auch in objectiver Beziehung (s. oben S. 605 d. W.) und die betreffende Erlöschungsart wird Entsagung (Verzichtleistung, Verzicht, Erlaß, renunciatio) genannt***). Dieselbe setzt immer ein schon erworbenes, dem Entsagenden bereits zustehendes Recht (der §. 1444 sagt „sein Recht") voraus, und unterscheidet sich dadurch von der bloßen Unterlassung eines möglichen Erwerbes (z. B. der Ausschlagung einer Erbschaft nach §. 805).

2) Zu einer giltigen Verzichtleistung ist vorerst erforderlich, daß der Verzichtende seine Rechte selbst verwalten könne (vgl. §. 805), ein Pflegebefohlener kann daher nicht ohne Genehmhaltung seines gesetzlichen Vertreters einem ihm zustehenden Rechte entsagen†), letzterer aber ist an die Vorschrift des §. 233, gebunden und bei andern Bevollmächtigten wird nach §. 1008 zur unentgeltlichen Aufgebung eines Rechtes, sowie zur Vornahme von Schenkungen eine besondere, auf das einzelne Geschäft lautende Vollmacht erfordert.

3) Eine weitere Frage ist, ob die Entsagung schon durch eine bloß einseitige Willenserklärung des Berechtigten begründet, oder ob dazu noch etwas Weiteres, insbesondere die Annahme des Betheiligten zu dessen Gunsten die Verzichtleistung geschieht, erfordert werde? ††) Im Allgemeinen

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 121.

**) Wagner, a. a. O. S. 53.

***) S. Unger, a. a. O. Bd. 2. I. §. 94. S. 179. . . . [est] regula juris antiqui, omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare. const. 29. Cod. de pact. (2, 3).

†) Contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur; veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, ne a debitore suo peteret. fr. 28. pr. Dig. de pact. (2, 14).

††) Auf diesen Unterschied scheint uns §. 1444 hinzudeuten, indem er das „sich seines Rechtes begeben" und das „zum Vortheile seines Schuldners entsagen" insbesondere erwähnt. Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 177, Anmkg. 19 ist also wohl irrig daran, wenn er meint, daß der Ausdruck „begeben" im §. 1444 so viel als: „auf einen Andern übertragen" heiße. Diese Ausdrücke werden einander vielmehr im §. 362 geradezu entgegengesetzt.

scheint das Letztere der Fall zu sein, so daß eine einseitige Entsagung für sich als ganz wirkungslos erscheint, und von dem Berechtigten jederzeit wieder zurückgenommen werden kann*). Die Entsagung wird also nur dann eine Erlöschung des bezüglichen Rechtes herbeiführen, wenn noch ein weiterer Umstand hinzutritt, der nach der Verschiedenheit des aufzuhebenden Rechtes verschieden sein kann. So wird zur Aufhebung des Eigenthumsrechtes die Verlassung (derelictio) nach §§. 362 und 386, und wenn dasselbe einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, die Löschung aus demselben (§. 444) erfordert. Das Letztere ist nach §. 469 auch bei dem Aufgeben des Hypothekarrechtes unerläßlich; dagegen dürfte bei dem Handpfande die Rückgabe desselben nicht nothwendig sein, sondern die Willenseinigung des Gläubigers und des Pfandschuldners genügen, da der §. 467 die Erlöschung des Pfandrechtes bloß an die „Rechtsbegebung" des Gläubigers knüpft, und die „Zurückstellung der Pfandsache" nebenbei erwähnt. Ganz das nämliche dürfte auch bei Dienstbarkeiten gelten (vgl. §§. 445 und 524). Dagegen ist bei Vermächtnissen, die mit dem Anfalle sofort erworben werden**), die einseitige Verzichtleistung genügend und eine Annahme derselben von Seite des Onerirten nirgends gefordert***).

4) Bei den persönlichen Sachenrechten, welche der §. 1449 zunächst vor Augen zu haben scheint †), ist die einseitige Verzichtleistung ebenfalls nicht bindend, sondern es wird die Annahme des Verpflichteten dazu erfordert, was der Gesetzgeber wohl durch den Ausdruck „zum Vortheile seines Schuldners entsagen . . ." andeuten wollte. Es handelt sich also hier um einen Erlaßvertrag (pactum remissorium), ohne welchen die Entsagung keine Wirksamkeit zu äußern vermag ††). Dieser vertragsmäßige Schuldnerlaß

---

*) Savigny, System. Bd. IV. §. 302. S. 546. — Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 179. ff. — Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 8. II. S. 235 u. ff., welcher jedoch meint, daß die Erklärung einer unbedingten Verzichtleistung, wenn sie gegen Jemanden gerichtet ist, welcher an derselben ein rechtliches Interesse hat, in so ferne wirksam sei, als sie den Verpflichteten in die Lage versetzt, sich von seiner Verbindlichkeit frei zu machen, indem er gegen den Verzichtenden erklärt, daß er die Verzichtleistung zur Wissenschaft nehme und sich hierdurch von einer weiteren Verpflichtung für befreit ansehe.

**) S. Bd. 2. S. 496 u. 497 d. W.

***) Der Fall der Verzichtleistung auf das Erbrecht (§. 558) scheint mir nicht hierher zu gehören, da es sich dabei nicht um die Aufhebung eines bereits erworbenen (oder auch nur deferirten) Rechtes, sondern um die Entsagung auf ein erst gehofftes Recht handelt. — S. dagegen Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 184. Der genannte Schriftsteller behauptet auch, daß der Erbverzicht, so lange er von dem bestimmten Erblasser nicht acceptirt ist, wirkungslos sei, führt aber keinen Beweis für die Begründung seiner Behauptung an; wenn er mir endlich den Satz unterschiebt, „daß man im Allgemeinen auf alle künftigen Erbschaften überhaupt und unbestimmt verzichten könne" — so muß ich dagegen nur bemerken, daß ich diesen Satz nirgends und insbesondere nicht an der von ihm angeführten Stelle (Bd. II. S. 282 d. W.) ausgesprochen habe.

†) Er spricht nämlich von der „Aufhebung der Verbindlichkeit des Schuldners," was sich nach der Ausdrucksweise unseres a. b. G. B. auf obligatorische Verhältnisse bezieht.

††) Si debitor tuus non vult a te liberari, et praesens est, non potest invitus a te solvi. fr. 91. Dig. de solut. (46, 3). — Wohl aber kann auf

steht unter den allgemeinen Grundsätzen über Verträge. Wird er unentgeltlich abgeschlossen, so ist er als eine Schenkung (§§. 939 u. 1381) anzusehen u. nach den dafür aufgestellten Vorschriften zu beurtheilen (s. oben S. 122 u. 127 d. W.). Wird ein Entgelt dafür bedungen und ist das aufgegebene Recht ein streitiges oder zweifelhaftes, so entsteht ein Vergleich (§. 1380), sonst ein ungenannter Vertrag.

§. 1445.

So oft auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in einer Person vereiniget wird, erlöschen beide; außer, wenn es dem Gläubiger noch frei steht, eine Absonderung seiner Rechte zu verlangen (§§. 802 und 812), oder wenn Verhältnisse ganz verschiedener Art eintreten. Daher wird durch die Nachfolge des Schuldners in die Verlassenschaft seines Gläubigers, in den Rechten der Erbschaftsgläubiger, der Miterben oder Legatare, und durch die Beerbung des Schuldners und Bürgen in den Rechten des Gläubigers nichts geändert. 4) Vereinigung.

1) Es ist ein aus dem Begriffe des Rechtes folgender Grundsatz, daß Niemand gegen sich selbst Rechte u. Rechtsverbindlichkeiten haben kann, wenn daher ein Recht mit der demselben gegenüberstehenden Verbindlichkeit in der nämlichen Person zusammentreffen, so wird durch diese Vereinigung (confusio) eine Erlöschung derselben herbeigeführt. Dieß ist der Fall, wenn der Pfandgläubiger Eigenthümer der Pfandsache (s. B. 2. S. 420 d. W.), wenn das Eigenthum des dienstbaren u. des herrschenden Grundes in einer Person vereiniget wird (s. d. Erläutg. d. §. 526 B. 2. S. 229 d. W.), oder wenn der Fruchtnießer oder Gebrauchsberechtigte das Eigenthum der dienstbaren Sache erlangt, vorausgesetzt daß nicht die Vorschrift des §. 1446 entgegensteht; ferner, wenn bei einem persönlichen Sachrechte Gläubiger und Schuldner nicht mehr als getrennte Personen bestehen; wenn also der Gläubiger Erbe des Schuldners (sei es der Hauptschuldner oder der Bürge) oder der Schuldner Erbe des Gläubigers wird *).

2) Damit die Vereinigung eine Erlöschung der Rechte und Verbindlichkeiten herbeiführe, muß sie in einer und derselben Person geschehen. Sie ist also nicht vorhanden, wenn z. B. der Vormund, oder Machthaber

---

Umwegen das Ziel erreicht werden, und zwar, indem der Gläubiger sich von einem Dritten expromittiren läßt (§. 1423) und dem Expromittenten sohin die Schuld nachsieht, oder indem er die Annahme der Schuld verweigert, wo dann der Schuldner zwar nach §. 1425 die abzutragende Sache bei Gericht hinterlegen, den Gläubiger aber nicht zwingen kann, dieselbe zu erheben. — Vgl. Savigny, System. Bd. 4. S. 548 u. 549.

*) Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes perimit actiones, ita et confusio. Nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem. fr. 75. Dig. de solut. (46, 3). — Was in dem Falle eines obwaltenden Correalverhältnisses zu gelten hat, wurde bereits oben S. 64 d. W. erwähnt.

des Schuldners Gläubiger desselben für eigene Rechnung wird, denn der Vertreter erscheint hier in einer doppelten Eigenschaft, als Repräsentant des Schuldners, und als selbständiges, forderungsberechtiges Subject.

3) Die Wirkung der Vereinigung ist wie schon bemerkt, die Erlöschung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten. Hierbei kömmt zu bemerken, daß mit der Hauptverbindlichkeit auch die Nebenverbindlichkeiten erlöschen (vgl. §§. 469, 1363), daß aber umgekehrt die Hauptverbindlichkeit auch ohne die Nebenverbindlichkeiten fortbestehen kann (vgl. §. 467) *). — Diese Wirkung tritt jedoch überhaupt nicht ein, wenn die Vereinigung auf einem, seiner Natnr nach nur für eine bestimmte Zeit wirksamen Grunde beruht. Hier ruht wohl die Ausübung der Rechte und Verbindlichkeiten, so lange die Vereinigung in einer und derselben Person dauert, sie kann aber sogleich wieder beginnen, wenn letztere aufhört. Dasselbe ist natürlich der Fall, wenn die Vereinignng selbst in der Folge als ungiltig aufgehoben, z. B. die Erbschaftsantretung wegen Nichtigkeit des Testamentes wieder rückgängig gemacht wird. Weiters kann die Wirkung der Vereinigung dadurch hintangehalten werden, daß der Erbe die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars antritt (§. 802) oder daß die Erbschaftsgläubiger, Legatare oder Notherben die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben verlangen (§. 812), da in beiden Fällen die Erbmasse als ein für sich bestehendes Vermögen fortdauert. — Der §. 1445 deutet noch auf eine weitere Ausnahme hin, „wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art“ eintreten; es ist aber nicht abzusehen, was hierunter eigentlich gemeint sei, da insbesondere die beiden folgenden, durch „daher“ sich als Folgerungen aus jenem Satze ankündigenden Vorschriften des gedachten Paragraphen zwei ganz verschiedene Punkte berühren. Die erste Bestimmung, daß durch die Nachfolge des Schuldners in die Verlassenschaft des Gläubigers in den Rechten der Erbschaftsgläubiger, der Miterben und der Legatare nichts geändert werde, beruht auf einer analogen Anwendung des Rechtsatzes actus inter duos gestus tertio nec nocet nec prodest; — die zweite Bestimmung aber setzt einen Fall voraus, der gar nicht unter die „Vereinigung“ in dem Sinne gehört, in welchem man darunter das Zusammentreffen von Recht und Verbindlichkeit in einer Person versteht. Es ist nämlich hier von einem Zusammentreffen mehrerer Verbindlichkeiten in einer Person die Rede, wenn nämlich der Hauptschuldner den Bürgen, oder der Bürge den Hauptschuldner, oder ein Dritter beide beerbt. Hier tritt nach römischem Rechte die Wirkung ein, daß die Hauptverbindlichkeit die accessorische verschlingt, wenn letztere nicht etwa dem Gläubiger

---

*) Aus diesem Grunde beantwortet Dr. Mikolasch die Frage, ob das persönliche Forderungsrecht durch den Uebergang der Hypothek an den Hypothekargläubiger erlösche? (in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1842. II. S. 257) ganz richtig verneinend, da hier in Beziehung auf die „persönliche“ Forderung gar keine Vereinigung Platz greift, sondern nur die „accessorische“ Verbindlichkeit durch Confusion erlischt. Der Fall, von dem der Verfasser ausgeht, ist der, daß A den B zum Universalerben ernennt, und ihm aufträgt, das ihm (dem B) eigenthümliche Haus, auf welches C für eine Forderung an B schon bei Lebzeiten des Erblassers A eine Hypothek erworben hatte, als Legat an eben diesen C abzutreten.

mehr Sicherheit gewährt, als die erstere *). Nach österreichischem Rechte scheint der Gläubiger — da in seinen Rechten nichts geändert wird, die Wahl zu haben, ob er gegen den Erben als Bürgen auftreten wolle; doch kann er immer nur Eines oder das Andere, denn nach §. 1363 hört die Verbindlichkeit des Bürgen mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf, und wenn der Bürge gezahlt hat, kann sich der Gläubiger nicht mehr an den Hauptschuldner wenden, da er ja eben durch die Zahlung befriedigt ist (§. 1358).

§. 1446.

Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in Einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist (§§. 469 und 526).

Eine Modification der eben entwickelten Grundsätze des §. 1445 wird durch das Institut der öffentlichen Bücher herbeigeführt, indem nach §. 469 zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreicht, sondern das Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, und nach §. 526 die Dienstbarkeit, die in den öffentlichen Büchern nicht gelöscht wurde, von dem neuen Besitzer des herrschenden Gutes wieder ausgeübt werden kann, sobald einer der vereinigten Gründe neuerdings veräußert wurde.

§. 1447.

Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit, oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurück stellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Anderen keinen Gewinn zieht. 5) Untergang der Sache.

1) Da dasjenige, was geradezu *unmöglich* ist, kein Gegenstand eines giltigen Vertrages (§. 878) und überhaupt keiner giltigen Verpflichtung sein kann **), so muß die eingetretene *Unmöglichkeit der Erfüllung* nothwendiger Weise einen modificirenden Einfluß auf die bestehende

*) S. *Thibaut*, a. a. O. §. 83 und *Puchta*, a. a. O. §. 300, so wie die dort angeführten Gesetzesstellen.

**) Impossibilium nulla obligatio est. fr. 185. Dig. de reg. jur. (50, 17) u. a. m.

Verbindlichkeit üben. Eine solche Unmöglichkeit kann bei individuell bestimmten Sachen (species) Platz greifen, wenn diese gänzlich zu Grunde gehen. Ist der Untergang nur ein theilweiser, wie wenn z. B. nur ein Theil des Grundstückes durch die Gewalt des Wassers weggeschwemmt worden wäre, so kann das übrig Bleibende noch immer geleistet werden, der Fall der Unmöglichkeit der Leistung ist also nicht vorhanden, eben so wenig, als wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit eine nur der Gattung nach bestimmte Sache (ein genus) z. B. ein Pferd überhaupt oder eine Quantität ist, die nach Zahl, Maß oder Gewicht angegeben wird, und bei der die Unterscheidung der Individuen völlig gleichgültig ist (s. oben S. 37 d. W.); denn hier gilt der Grundsatz: genera non pereunt *).

2) Handelt es sich um eine individuelle bestimmte Sache **) so kann freilich bei einem gänzlichen Untergange derselben von einer Verbindlichkeit zu ihrer Leistung keine Rede sein, eine andere Frage aber ist, ob der Verpflichtete Schadenersatz zu leisten habe oder nicht? Hier kömmt nun der Grundsatz zur Anwendung, daß den Zufall derjenige zu tragen hat, in dessen Vermögen er sich ereignet (§. 1311), während für sein Verschulden jeder einzustehen verpflichtet ist (§. 1295), wovon bereits bei den einzelnen Rechtsverhältnissen, so wie in der Lehre vom Schadenersatze überhaupt gehandelt wurde.

3) Die Unmöglichkeit der Leistung kann aber nicht bloß durch den gänzlichen Untergang einer individuell bestimmten Sache, sondern namentlich bei der Verbindlichkeit zu gewissen Diensten oder Arbeiten durch andere Umstände, z. B. durch eine Erkrankung des Verpflichteten herbeigeführt werden. Auch hier ist darauf zu sehen, ob dem Schuldner irgend ein Verschulden zur Last fällt, welches sich als die Ursache des eingetretenen Hindernisses darstellt, oder ob dieses nicht der Fall ist, und darnach die Frage des Schadenersatzes zu beurtheilen. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit nicht unmöglich, jedoch dermaßen erschwert wurde, daß die völlig veränderten Umstände, wenn sie hätten vorhergesehen werden können, von der Eingehung des Rechtsverhältnisses würden abgehalten haben. Hier läßt sich eine Befreiung des Schuldners nicht rechtfertigen, außer wenn die Erfüllung nunmehr einer absolut bestimmten moralischen Verpflichtung oder einem Gebots- oder Verbotsgesetze entgegenlaufen würde (s. oben S. 38 d. W.) ***).

4) Eine weitere Frage ist endlich, ob der Schulder, der auf die angegebene Weise von seiner Verpflichtung befreit wird, den Anspruch auf die ihm bereits gegebene oder zugesicherte Gegenleistung behält? Der Schlußsatz des §. 1447 beantwortet diese an sich sehr streitige Frage dahin, daß der Verpflichtete alles zurückstellen oder vergüten müsse, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, so

*) Et ille quidem, qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accipit, amiserit, nihilominus obligatus permanet. fr. 1. §. 4. Dig. de obl. et act. (44, 7). — Vgl. auch fr. 42. Dig. de jure dot. (23, 3).

**) Welchen Einfluß der Untergang eines von mehreren Wahlstücken, — der jedenfalls nur als ein theilweiser erscheint, — auf die Verbindlichkeit übe, wurde bei den §§. 659, 906 u. 907 erörtert.

***) Vgl. Zeiller, Comment. Bd. 5. S. 182.

daß er sich nicht mit fremden Schaden bereichere, nur wird er gleich einem redlichen Besitzer behandelt, und ist demnach außer Verantwortung, wenn er die empfangene Sache beliebig gebraucht, verbraucht oder wohl gar vertilgt hat. Im Allgemeinen kommen hier dieselben Bemerkungen zu wiederholen, welche bei Erörterung der §§. 1431 u. 1437 gemacht wurden.

§. 1448.

Durch den Tod erlöschen nur solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Person eingeschränkt sind, oder die bloß persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen. 6) Tod.

Der Tod ist im Allgemeinen nicht als eine Erlöschungsart der Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen, da dieselben vielmehr nach §§. 531 u. 547 auf den Erben übergehen. Insbesondere ist dieß im §. 918 hinsichtlich der aus Verträgen entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten ausgesprochen. Eine Ausnahme findet bei den Personenrechten statt, ferner den Sachenrechten, die durch Vertrag oder letzten Willen auf die Person des Berechtigten eingeschränkt sind. Manchmal ist dieß auch in Folge einer gesetzlichen Anordnung der Fall; so bei den persönlichen Dienstbarkeiten nach §. 529, bei der einem Geschenknehmer in gewissen Fristen zugesicherten Unterstützung (§. 955), bei der Vollmacht (§. 1022), bei dem Rechte des Wiederkaufes (§. 1070), des Rückverkaufes (§. 1071) und des Vorkaufes (§. 1074), bei den gesellschaftlichen Rechten (§. 1206). Eben so erlöschen durch den Tod jene Verbindlichkeiten, die auf bloß persönlichen Verhältnissen (§. 918), oder Handlungen des Verpflichteten beruhen; so die Verpflichtung zur Fortsetzung einer Gemeinschaft (§§. 831 u. 832), zur Unterstützung eines Beschenkten in gewissen Fristen (§. 955), die Vollmacht (§. 1022), die aus einem Lohnvertrage hervorgehende Verpflichtung zu Arbeiten, bei denen auf die besondere Geschicklichkeit der Person Rücksicht genommen zu werden pflegt (§. 1162) und die gesellschaftlichen Verbindlichkeiten (§. 1206). — Von diesen Bestimmungen kann übrigens in den Fällen der §§. 529, 955, 1022 und 1206 in Folge Privatübereinkommens wieder abgegangen werden.

§. 1449.

Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen auch durch den Verlauf der Zeit, worauf sie durch einen letzten Willen, Vertrag, richterlichen Ausspruch, oder durch das Gesetz beschränkt sind. Auf welche Art sie durch die von dem Gesetze bestimmte Verjährung aufgehoben werden, wird in dem folgenden Hauptstücke festgesetzt. 7) Verlauf der Zeit.

1) Ein Rechtsverhältniß kann in der Art an eine bestimmte Zeit gebunden sein, daß es mit dem Ablaufe derselben endiget, und zwar geschieht dieß entweder durch einen letzten Willen (§§. 608, 705), oder durch Vertrag (§§. 468, 527, 897, 902), durch richterlichen Ausspruch,

oder durch das Gesetz (z. B. §. 1243). Gewissermaßen ist hierher auch der Fall der Aufkündigung zu rechnen, wo durch die Erklärung einer oder der anderen Partei ein bestimmter Endtermin für ein bestehendes obligatorisches Verhältniß (z. B. bei einer Miethe, einem Pachte, einem Lohnvertrage, einer Gesellschaft) herbeigeführt wird, in welchem Falle die Auflösung dieses Verhältnisses entweder sofort, oder nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes (der Aufkündigungsfrist) eintritt.

2) Verschieden hiervon ist der Fall der Fristen, wenn ein gewisser Zeitraum bestimmt ist, innerhalb dessen irgend ein Recht ausgeübt, eine Erklärung abgegeben, oder eine Handlung vorgenommen werden muß, häufig mit der Wirkung, daß nach Ablauf dieser Zeit die Befugniß zur Ausübung jenes Rechtes u. s. w. verloren geht *). Auch derlei Zeitbestimmungen können sowohl durch den Willen der Parteien, als durch richterlichen Ausspruch, oder durch die Anordnung des Gesetzes getroffen werden. Beispiele dieser Art finden sich reichlich in unserem b. G. B., wie in den §§. 155—159, 201, 259, 412, 862, 936, 924—933, 967, 982, 1075, 1082, 1084, 1097, 1111, 1141.

§. 1450.

Von der Einsetzung in den vorigen Stand.

Die bürgerlichen Gesetze, nach welchen widerrechtliche Handlungen und Geschäfte, wenn die Verjährung nicht im Wege steht, unmittelbar bestritten werden können, gestatten keine Einsetzung in den vorigen Stand. Die zum gerichtlichen Verfahren gehörigen Fälle der Einsetzung in den vorigen Stand, sind in der Gerichtsordnung bestimmt.

1) Ein dem römischen Rechte eigenthümliches Rechtsmittel ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, restitutio in integrum (vgl. Dig. IV., 1—6 und Cod. II, 20—54), wodurch der bei einem giltigen und nach dem strengen Rechte wirksamen Geschäfte Jemandem ohne eigenes Verschulden zugegangene Schade (laesio) im Interesse der höheren Gerechtigkeit (aequitas) aus einem vom Gesetze anerkannten Grunde (justa causa) wieder abgewendet werden soll**). — In Oesterreich hatte noch das Josephinische Gesetzbuch (I. Hptstck. §. 3) dem Landesfürsten vorbehalten, „bei besonderen Umständen Jemanden, der durch Nichtkenntniß oder Rechtsirrthum an seinem Rechte oder Vermögen Nachtheil litte, eine außerordentliche Rechtshilfe angedeihen zu lassen“, und das gal. G. B. bezeichnete (im III. Thl. §§. 633 u. 634) als Fälle der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung die Minderjährigkeit und die schuldlose Abwesenheit; dagegen hat unser a. b. G. B. von den Restitutionen des materiellen Rechtes gänzlich Umgang genommen. Pratobevera bemerkt hierüber

---

*) Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 248.

**) Vgl. Puchta, a. a. O. §§. 100—107; — Thibaut, a. a. O. §§. 610—628. — Pratobevera, Versuch einer Erläuterung des §. 1450 des a. b. G. B. über Restitutionen im Allgemeinen und die processualischen insbesondere (in dessen Mater. Bd. 6, S. 117).

(a. a. O. S. 126), „daß der Begriff der Restitution genau genommen an sich selbst unhaltbar sei; man soll dadurch die unter dem Schutze der Gesetze giltig erworbenen Rechte abermals nach eben diesen Gesetzen verlieren. Welche reiche Quelle von Processen bieten überdieß nicht die Fragen über die Erheblichkeit und den Beweis der Läsion, die gesetzmäßige Billigkeitsursache, die Dauer und Wirkung der Restitution, die Concurrenz und Wahl derselben bei anderen ordentlichen Klagen u. s. w.? — Von diesen Schwierigkeiten wollte unsere Gesetzgebung das Civilrecht dadurch entfesseln, daß das außerordentliche Rechtsmittel der römischen Restitution durch die ordentlichen, aus den Civilgesetzen unmittelbar entspringenden Rechtsmittel (Klagen) entbehrlich gemacht, und kein selbstständiges, auf dem schwankenden Begriffe der Billigkeit begründetes Institut der Restitution hinzugefügt werde. Nur zuweilen weiset das Gesetz selbst den Richter an die Billigkeit (z. B. §§. 520, 904, 1221, 1310, 1336), und dann darf der Richter zwar nicht willkührlich, aber nach einem vernünftigen Ermessen erkennen. Rechtsverletzungen werden also durch Klagen und Einreden abgewendet, und können gleichwohl in einzelnen Fällen unverschuldete Verkürzungen sich ergeben, ohne daß eine Hilfe in dem Gesetze angeboten werde, so muß man dieses Ereigniß der Beschränktheit aller menschlichen Gesetzgebung und dem höheren Princip der allgemeinen Wohlfahrt, die ewige Rechtsunsicherheit und Streitigkeiten nicht dulden kann, zum Opfer bringen" *).

2) Verschieden von den Restitutionen des materiellen Rechtes sind die processualischen Restitutionen, welche den Gegenstand der Gesetze über das gerichtliche Verfahren bilden.

Viertes Hauptstück.

Von der Verjährung und Ersitzung.

§. 1451.

Die Verjährung ist der Verlust eines Rechtes, welches während der von dem Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist. Verjährung.

---

*) Der Verfasser geht nun (a. a. O. S. 150 ff.) die einzelnen Restitutionsfälle des römischen Rechtes durch, und sucht bei jedem derselben zu zeigen, daß unsere Gesetzgebung in anderer, eben so entsprechender Weise Fürsorge getroffen habe.

§. 1452.

Ersitzung.

Wird das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf jemand Anderen übertragen; so heißt es ein ersessenes Recht, und die Erwerbungsart, Ersitzung.

1) Das Bedürfniß einerseits, die im Laufe der Zeiten unvermeidlich eintretende Ungewißheit des Rechtszustandes in möglichst enge Grenzen einzuschließen, insbesondere den Umfang eines jeden Vermögens auf eine sichere, unzweifelhafte Weise festzustellen und dadurch eine reichhaltige Quelle von Streitigkeiten zu verstopfen, andererseits der, dem Privat- wie dem Nationalwohlstande so nachtheiligen Sorglosigkeit in der Bewahrung des Seinigen durch die Furcht vor dem Verluste entgegen zu wirken*), hat zur Einführung des Rechtsinstitutes der Usucapio **) und der Klageverjährung ***) Anlaß gegeben. Beide wurden durch Abstraction in allgemeine Begriffe verwandelt, aus jener entstand ein Erwerb von Rechten überhaupt vermittelst der fortgesetzten Ausübung derselben, aus dieser der Verlust von Rechten überhaupt in Folge ihrer fortwährenden Nichtausübung. Endlich ging man noch einen Schritt weiter, und faßte beide Begriffe als Arten einer und derselben Gattung auf, nämlich der im Zeitlaufe begründeten Veränderung von Rechten, welche der Berechtigte auszuüben versäumt hat. Diese Veränderung wurde mit dem Namen praescriptio, Verjährung, belegt, und zuvörderst in zwei Hauptclassen eingetheilt, die praescriptio exstinctiva (erlöschende, aufhebende Verjährung, Verjährung im engeren Sinne), wenn lediglich der Unthätige sein Recht verliert, und die praescriptio adquisitiva (erwerbende Verjährung, Ersitzung), wenn ihm gegenüber ein Anderer ein bestimmtes Recht erwirbt. Hierbei unterschied man wieder, ob dasselbe Recht, welches auf der einen Seite erlischt, auf der andern Seite erworben wird (praescr. acqu. translativa, übertragende Ersitzung), wie z. B. bei der Eigenthumsersitzung, oder ob der Ersitzende ein anderes Recht erwirbt, als welches der Verlierende bisher besessen hatte (praescr. acqu. constitutiva, bestellende Ersitzung), wie z. B. bei der Ersitzung einer Dienstbarkeit, die früher als solche nicht abgesondert bestanden hatte.

Die neueren Forschungen auf dem Gebiete des römischen Rechtes haben dargethan, daß sowohl die Zusammenstellung der oben entwickelten Begriffe als der angeführte Sprachgebrauch dem römischen Rechte fremd ist; allein derselbe ist schon bei den Glossatoren des 12. Jahrhunderts ent-

---

*) Savigny, System. Bd. 4. S. 305. — Prato di Preenfeld: Della prescrizione, dell' usucapione e delle leggi antiche e nuove, che ne trattano. Milano 1827. — Pachmann (Dr. Th.) die Verjährung nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte in Oesterreich. Wien 1833. — J. Perthaler zur Theorie der Verjährung (in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgelehrs. 1842. II. S. 29).

**) Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper dominia incerta essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. fr. 1. Dig. de usurp. et usuc. (41, 3).

***) Vgl. Cod. de praescr. 30 vel 40 annorum (7, 39).

standen, aus ihnen in das canonische Recht übergegangen, und später ungeachtet manchen Widerspruches noch immer weiter ausgedehnt worden. Während jetzt die allgemein verbreitete Ansicht dahin geht, daß man den allgemeinen Verjährungsbegriff völlig aufgeben müsse, da durch denselben unter sehr ungleichartigen Rechtsinstituten eine in denselben nicht gelegene Einheit erkünstelt werden soll *), kam unser a. b. G. B. unter der Herrschaft jener älteren Ansichten zu Stande **). Dasselbe erklärt im §. 1449 die Verjährung überhaupt als eine Art der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten, und widmet ihr deßhalb nach der Lehre von den übrigen Aufhebungsarten das letzte (4.) Hauptstück des dritten Theiles. Die Verjährung ist nach §. 1451 der Verlust eines Rechtes, welches während der vom Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist. In diesem weiteren Sinne ***) wird der Ausdruck Verjährung „verjähren" auch im §. 1501 und in den Marginalinschriften der §§. 1493, 1494 u. 1497 gebraucht. Das Gesetz unterscheidet aber sohin die Verjährung im engeren Sinne (in den §§. 1478 u. 1493 die eigentliche Verjährung genannt), wo lediglich dieser Verlust hervortritt, von der andern Seite aber zwar auch ein Vortheil (nämlich die Befreiung von einer Verbindlichkeit), jedoch kein Rechtserwerb Platz greift, — und die Ersitzung, bei welcher nach §. 1452 das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf einen Andern übertragen wird †); wobei nur zu bemerken kömmt, daß unter diese Begriffsbestimmung nur die s. g. übertragende (s. oben), nicht auch die bestellende Ersitzung paßt, welch' letztere aber (wie aus §. 1469 u. a. erhellet) unserm G. B. keineswegs fremd ist.

2) Während die Eintheilung der Verjährung im weiteren Sinne in die Verjährung im engeren Sinne und in die Ersitzung die durch dieselbe zunächst hervorgebrachte Wirkung berücksichtigt, pflegt man nach dem Rechtsgrunde, auf welchem die Verjährung beruht, eine vertragsmäßige, letztwillige, richterliche und gesetzliche zu unterscheiden ††). Unser Gesetzbuch hat jedoch nur die letztere anerkannt, indem sowohl der §. 1449 als der §. 1451 auf das Gesetz als Quelle der Verjährung verweist †††).

*) Savigny, System. Bd. 4. S. 316.

**) Vgl. über die Verjährung außer den schon angeführten Schriften: Scheidleins Miscellen. V. Hft. Wien 1822. — G. Castelli, Della prescrizione e dell' usucapione ecc. Milano 1821 u. 1839. — Winiwarter, die Verjährung nach österreichischem Rechte in Pratobevera's Mater. Bd. 8. S. 1.

***) Vgl. Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 253 ff.

†) In den §§. 480 u. 1464 wird ausnahmsweise die Ersitzung mit dem Ausdrucke „Verjährung" bezeichnet.

††) Pachmann, a. a. O. §. 3. — Savigny, System. Bd. 4. S. 305, Note V.

†††) Immerhin könnte auch nach österreichischem Rechte durch Vertrag oder letztwillige Anordnung bestimmt werden, daß, wenn Jemand sein Recht durch eine bestimmte Zeit nicht ausüben würde, er desselben verlustig sein, oder daß Jemand ein Recht erwerben solle, wenn er es eine Zeit lang redlicher Weise ausgeübt hätte; es kämen aber hierauf nicht die Grundsätze der Verjährung, sondern die allgemeinen Bestimmungen über Verträge und letzte Willenserklärungen anzuwenden. Die richterlichen Verfügungen, durch welche bestimmt wird, binnen welcher Zeit Jemand ein Recht ausüben müsse, um

Eben so wenig hat endlich unser a. b. G. B. auf die von dem Zeitmaße hergeholte Eintheilung der Verjährung in eine bestimmte und unbestimmte (unvordenkliche) Rücksicht genommen, da nach demselben jede Verjährung den Ablauf eines bestimmten Zeitraumes voraussetzt.

3) Zur deutlicheren Bestimmung des Begriffes der Verjährung dürfte es nicht unzweckmäßig sein, auch andere Fälle zu erwähnen, die zwar mit der Verjährung das gemein haben, daß der Erwerb oder Verlust eines Rechtes an einen gewissen Zeitlauf geknüpft ist, die sich aber doch in wesentlichen Punkten von derselben unterscheiden. Derlei Fälle sind: a) wenn ein Recht ohne Rücksicht auf seine Ausübung oder Nichtausübung mit dem Verlaufe einer bestimmten Zeit gewonnen oder verloren wird (z. B. die Erwerbung der Handlungsfähigkeit bei dem Eintritte gewisser Altersstufen, oder die Erlöschung einer nur auf 20 Jahre eingeräumten Dienstbarkeit); b) wenn ein Recht bloß deshalb verloren geht, weil dasjenige binnen einer bestimmten Zeit nicht geleistet wurde, was zur Aufrechthaltung desselben hätte geleistet werden sollen; oder c) wenn durch den Zeitverlauf nicht die Erwerbung oder der Verlust eines Rechtes, sondern anderweitige Rechtsfolgen (vgl. z. B. §§. 927; 1232) herbeigeführt werden.

§. 1453.

Wer verjähren und ersitzen kann.

Jeder, der sonst zu erwerben fähig ist, kann auch ein Eigenthum oder andere Rechte durch Ersitzung erwerben.

1) Bei jeder Verjährung tritt, wie schon oben (S. 695) bemerkt wurde, nebst dem Verluste eines Rechtes von der einen Seite die Erlangung eines Vortheils von der andern Seite ein. Dieser Vortheil besteht bei der Extinctiv-Verjährung in der Befreiung von der, dem erloschenen Rechte gegenüberstehenden Verbindlichkeit, und es frägt sich daher zunächst, wer auf diese Weise von seiner Verbindlichkeit befreit werden könne (wer „verjähren" könne, nach der Marginalinschrift des §. 1453)? Der Inhalt des §. 1453 beantwortet diese Frage nicht, es folgt aber aus der Natur der der Sache, daß hier gar keine Beschränkung obwaltet, daß also Jedermann des durch die eigentliche Verjährung herbeigeführten Vortheiles theilhaftig werden könne.

2) Bei der Ersitzung besteht der Vortheil, den sie gewährt, in der Erwerbung eines Rechtes, und in dieser Beziehung hat §. 1453 ganz folgerichtig den Grundsatz aufgestellt, daß, wer überhaupt zu erwerben fähig ist, auch durch Ersitzung erwerben könne, da sich diese nach §. 1452 als eine Erwerbungsart darstellt. Zu erwerben ist nun nach §§. 18, 355 u. 356 Jedermann fähig, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen; es sind demnach sowohl physische als juristische Personen (§. 26), Einheimische und Fremde (§. 33), solche, die ihre Angelegenheiten selbst zu verwalten im Stande sind, und solche, die von einem Vater, Vormunde oder Curator vertreten werden, zu ersitzen fähig. Ja es muß diese Fähig-

---

desselben nicht verlustig zu werden, gehören in die Lehre vom gerichtlichen Verfahren.

keit auch jenen zugesprochen werden, die, weil sie ihre Rechte nicht selbst verwalten können, einen gesetzlichen Vertreter erhalten sollten, aber ihn nicht erhalten haben, wenn sie nur Besitz zu erwerben oder denselben fortzusetzen im Stande sind, da dieser allerdings ein unerläßliches Erforderniß (§. 1460) der Ersitzung ist. Insbesondere werden daher auch Unmündige (§. 310) und zur Todesstrafe oder zu schwerer Kerkerstrafe verurtheilte Verbrecher ersitzen können, da sie nach §. 27 des St. G. B., so lange ihre Strafzeit dauert, wohl kein für sie verbindliches Geschäft unter Lebenden zu schließen oder einen letzten Willen zu errichten fähig sind, die Erwerbung durch Ersitzung aber nicht als ein Rechtsgeschäft betrachtet werden kann.

Ist dagegen Jemand überhaupt zu erwerben unfähig (wie z. B. unbefugt Ausgewanderte, Deserteure), oder von der Erwerbung gewisser Rechte (z. B. die Israeliten von der Erwerbung des Eigenthumes unbeweglicher Güter in einigen Theilen des Kaiserstaates) ausgeschlossen, so kann er entweder überhaupt nicht ersitzen, oder wenigstens die bezüglichen Rechte nicht durch Ersitzung erwerben (vgl. hierüber die Zusätze zu den §§. 355 u. 356, Bd. 1. S. 704 ff. d. W.).

§. 1454.

Die Verjährung und Ersitzung kann gegen alle Privat-Personen, welche ihre Rechte selbst auszuüben fähig sind, Statt finden. Gegen Mündel und Pflegebefohlene; gegen Kirchen, Gemeinden und andere moralische Körper; gegen Verwalter des öffentlichen Vermögens und gegen diejenigen, welche ohne ihr Verschulden abwesend sind, wird sie nur unter den unten (§§. 1494, 1472, und 1475) folgenden Beschränkungen gestattet. Gegen wen.

1) Außer der im vorigen Paragraphen behandelten Frage, wer verjähren und ersitzen könne, ergibt sich noch die weitere: wer durch Verjährung oder Ersitzung ein Recht verlieren könne (gegen wen die Verjährung und Ersitzung stattfinde)? Auch diese Frage muß dahin beantwortet werden, daß in der Regel Jedermann dem Verluste durch Verjährung unterliege, da in der That die Gründe, welche für die Einführung dieses Rechtsinstitutes sprechen, von allgemeiner Natur sind, und eine Verschiedenheit in der Person des Berechtigten darauf keinen Einfluß übt. Dieß gilt selbst von dem Oberhaupte des Staates, in sofern es sich um dessen Privatrechte handelt (§. 20).

2) Immerhin gibt es aber gewisse persönliche Verhältnisse, welche eine ausnahmsweise Berücksichtigung erheischen. Diese äußert sich a) darin, daß gegen die in solchen Verhältnissen sich befindenden Personen die Verjährung weder anfangen noch fortgesetzt werden kann (bei der Abwesenheit in Civil- und Kriegsdiensten nach §. 1496, dann zwischen Ehegatten, Kindern oder Pflegebefohlenen und ihren Eltern oder Vormündern nach §. 1495); b) daß gegen sie die Verjährung nicht anfangen, oder die bereits angefangene zwar fortgesetzt, aber nicht beendet werden kann (hierher gehören jene Personen, welche aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte

selbst zu verwalten unfähig sind); endlich c) daß zur Vollendung der Verjährung gegen sie ein längerer als der gewöhnliche Zeitraum erforderlich ist (dieß ist der Fall bei Kirchen, Gemeinden und andern erlaubten Körpern, dann bei dem Staate, in sofern es sich um das den Vorschriften des Privatrechtes unterworfene Staatseigenthum handelt nach §. 1472, und bei einer schuldlosen Abwesenheit nach §. 1475).

§. 1455.

Welche Gegenstände.

Was sich erwerben läßt, kann auch ersessen werden. Sachen hingegen, welche man vermöge ihrer wesentlichen Beschaffenheit, oder vermöge der Gesetze nicht besitzen kann; ferner Sachen und Rechte, welche schlechterdings unveräußerlich sind, sind kein Gegenstand der Ersitzung

1) Das römische Recht kannte als Ersitzungsfälle nur die usucapio des Eigenthums und die longi temporis quasipossessio der Servituten *); es ist aber schon oben bemerkt worden, daß man die bezüglichen Anordnungen generalisirte, und so kam es, daß auch unser b. G. B. im §. 1455 den Grundsatz aufstellt, Alles, was sich erwerben läßt, kann auch ersessen werden. Ungeachtet dieser Allgemeinheit des Ausdruckes erleidet jedoch die ausgesprochene Regel, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, so viele Ausnahmen, daß dieselben (wie Unger a. a. O. Bd. 2. I. S. 260 mit Recht hervorhebt) das Verhältniß der Ausnahmen zur Regel geradezu umkehren, indem eine Reihe von Rechten, die auf eine andere Art erworben werden können, dennoch kein Gegenstand der Ersitzung sind. Der Wahrheit näher würde schon der Grundsatz kommen: Alles, was Gegenstand des Besitzes ist, kann auch ersessen werden, — ein Grundsatz, den man aus dem zweiten Satze des §. 1455 a contrario ableiten könnte, wiewohl man auch da noch mancherlei Ausnahmen zugeben müßte.

2) Da zur Ersitzung der Besitz ein unerläßliches Erforderniß ist (§. 1460), so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß Rechte, an denen kein Besitz statthaft ist, auch nicht ersessen werden können **). Hierher gehören jene persönlichen Sachenrechte, welche durch die einmalige Ausübung erlöschen, z. B. das Recht auf Zahlung des Kaufschillings aus einem Kaufvertrage, auf Uebergabe des Tauschobjectes aus einem Tauschvertrage u. dgl. m.***).

3) Das Gesetz schließt ferner von der Ersitzung jene Rechte aus, welche schlechterdings unveräußerlich sind, also ihrer Natur nach von der Person, der sie zustehen, nicht getrennt, und auf eine andere übertragen werden können.

---

*) Savigny, System. Bd. 4. S. 298.
**) Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 261.
***) Vgl. Ellinger, Handb. S. 344.

§. 1456.

Aus diesem Grunde können weder die dem Staatsoberhaupte als solchem allein zukommenden Rechte, z. B. das Recht, Zölle anzulegen, Münzen zu prägen, Steuern auszuschreiben, und andere Hoheitsrechte (Regalien) durch Ersitzung erworben, noch die diesen Rechten entsprechenden Schuldigkeiten verjähret werden.

§. 1457.

Andere dem Staatsoberhaupte zukommende, doch nicht ausschließend vorbehaltene Rechte, z. B. auf Waldungen, Jagden, Fischereien u. dgl., können zwar überhaupt von anderen Staatsbürgern, doch nur binnen einem längeren als dem gewöhnlichen Zeitraume (§. 1472) ersessen werden.

1) Die dem Statsoberhaupte als solchen zukommenden Rechte wurden nach der älteren Terminologie, welcher auch unser b. G. B. gefolgt ist, mit dem Namen der Hoheitsrechte oder Regalien bezeichnet, und in wesentliche (regalia essentialia majora) und zufällige (regalia accidentalia minora) unterschieden. Jene (Hoheitsrechte im engeren Sinne genannt) fließen aus dem Begriffe der Oberherrschaft, sie sind von der Staatsgewalt untrennbar (unveräußerlich) und können daher auch nicht ersessen werden. Der Ersitzende würde dadurch einen Antheil an der obersten Macht erhalten und es würde auf diese Weise das Verhältniß zwischen dem Regenten und den Unterthanen verrückt werden. Hierzu kömmt noch, daß, wie Scheidlein a. a. O. S. 15 ganz richtig bemerkt, die Ersitzung ein Institut des Privatrechts ist, das Staatsoberhaupt aber als solches in Ausübung der obersten Gewalt und der aus derselben unmittelbar fließenden Rechte den Privatgesetzen nicht unterliegt *).

2) Die zufälligen Hoheitsrechte (Regalien im engeren Sinne) liegen nicht im Begriffe der Staatshoheit, sondern sind nur in Folge positiver Vorschriften mit der Staatsgewalt verbunden; sie sind eben deßhalb veräußerlich und somit auch der Ersitzung durch Private unterworfen.

3) Ebenso ist dasjenige Vermögen des Landesfürsten, welches er nicht als Oberhaupt des Staates besitzt (§. 289) und das Staatsvermögen, welches nach den in dem Privatrechte enthaltenen Vorschriften erworben, erhalten und auf andere übertragen wird (wie z. B. die Staatsdomänen, die Reichsforste, das Jagdrecht u. s. w.) der Ersitzung fähig,

---

*) Deßhalb gehört auch die Vorschrift des §. 1456 eigentlich gar nicht in ein Gesetzbuch über das Privatrecht. — S. Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 264.

wenn gleich in Ansehung derselben Abweichungen von den allgemein gelten= den Grundsätzen Platz greifen (§. 1472) *).

§. 1458.

Die Rechte eines Ehegatten, eines Vaters, eines Kindes und andere Personenrechte sind kein Gegenstand der Ersitzung. Doch kommt denjenigen, welche dergleichen Rechte redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit zur einstweiligen Behauptung und Ausübung ihrer vermeinten Rechte zu Statten.

1) Die Personenrechte sind kein Gegenstand des Besitzes, sie haben ihren Grund in gewissen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, und stehen daher nur demjenigen zu, der diese Eigenschaften besitzt, oder sich in dem fraglichen Verhältnisse befindet. Wie diese Verhältnisse begründet werden, ist in den Gesetzen bestimmt enthalten. Die bloße factische Aus= übung, wenn sie auch noch so lange dauerte, kann das rein thatsächliche Verhältniß nicht in ein rechtliches verwandeln. So kann eine ungiltige Ehe durch noch so langes Zusammenleben der Scheinehegatten nicht zu einer giltigen Ehe werden; so wird ein gleiches Verhältniß, wie zwischen den ehelichen Eltern und Kindern, wohl durch die Annahme an Kindes= statt (§. 183), nicht aber durch Ersitzung begründet; so kann die Vormund= schaft nur auf die in den §§. 196 — 200 enthaltene Weise erlangt werden.

2) Nichtsdestoweniger hielt es das Gesetz für zweckmäßig, den Schutz des Besitzes **) auch denjenigen angedeihen zu lassen, welche dergleichen Rechte bisher im guten Glauben (redlicher Weise) ausgeübt haben, also (wie Unger a. a. O. Bd. 2. I. S. 267, Note 50 bemerkt), den status quo so lange aufrecht zu halten, bis über das Rechtsverhältniß selbst endlich ent= schieden ist.

3) Was die Vermögensrechte anbelangt, die sich nach Ausschluß der Personenrechte als Gegenstand der Ersitzung darstellen, so kann es zuvörderst keinem Zweifel unterliegen, daß das Eigenthum sowohl an beweglichen, als an unbeweglichen Sachen, und in seinen verschiedenen Gestalten als Allein= und Miteigenthum, vollständiges und unvollständiges Eigenthum allerdings ersessen werden kann (§§. 1466 u. 1468). Ein Hin= derniß der Ersitzung würde nur in der Beschaffenheit des Gegenstandes liegen, wenn derselbe nämlich seiner natürlichen Beschaffenheit zu Folge nicht in das Eigenthum eines Einzelnen übergehen könne (die s. g. res inexhausti usus; vgl. B. 1 .S. 604 d. W.), oder wenn er vermöge einer gesetzlichen Anord= nung von der Erwerbung im Allgemeinen, oder durch gewisse Personen ausgeschlossen erscheint (vgl. die Zusätze zu den §§. 355 u. 356. Bd. 1. S. 702 d. W.).

---

*) Die Frage, in wiefern Bergwerksobjecte ein Gegenstand der Er= sitzung sind, beantwortet F. Schneider in der österr. Zeitschr. f. Rechtsw. 1846. S. 522.

**) Vgl. Bd. 1. S. 634 d. W.

4) Was das Pfandrecht anbelangt, so kömmt zuvörderst zwischen dem Faustpfande und der Hypothek zu unterscheiden:

a) In Ansehung des ersteren ist es unter den öst. Rechtslehrern streitig, ob dasselbe durch Ersitzung erworben werden könne, oder nicht? Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 5, S. 143) und nach ihm Ellinger (Handb. S. 544) sprechen sich für die bejahende Ansicht aus, und diese hat neuerdings in Harum (zur Lehre vom Pfandrechte in Haimerl's Magaz. Bd. 13. S. 17) einen Vertheidiger gefunden. Die genannten Schriftsteller stützen sich auf die allgemeine Bestimmung des §. 1455 und auf den Umstand, daß es, wie aus den §§. 456 u. 1483 erhellen soll, allerdings einen Besitz des Pfandrechts gebe. — Allein schon Pachmann (a. a. O. S. 114) hat gegründete Zweifel gegen die Richtigkeit der letztangeführten Behauptung geltend gemacht. Das Pfandrecht ist nach §. 447 das dingliche Recht, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen. Dieß geschieht zufolge des §. 461 durch die gerichtliche Feilbietung des Pfandes, und dieser Act läßt nur eine einmalige Ausübung, aber keinen fortwährenden Besitz zu. Der entgegengesetzten Ansicht scheint eine Verwechslung des Pfandrechtsbesitzes mit dem Besitze der Pfandsache zum Grunde zu liegen *); und letztere scheint der §. 1369 im Auge zu haben, wenn er von einem „Pfandbesitze" spricht; ja in dem Hauptstücke vom Pfandrechte ist sogar dieser Ausdruck zumeist vermieden, und der Pfandgläubiger überall nur als Pfand-Inhaber bezeichnet. Auch der §. 1483, auf den sich Winiwarter und Harum zur Unterstützung ihrer Ansicht berufen, scheint eben für die entgegengesetzte Meinung zu sprechen; er sagt nämlich, daß dem Gläubiger „so lange er das Pfand in Händen hat, die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet werden könne", woraus mit ziemlicher Klarheit hervorgehen dürfte, daß in dem bloßen „in Händen haben" des Pfandes noch keine „Ausübung des Pfandrechtes" liege. Hierzu kömmt noch, daß der §. 450 ausdrücklich bestimmt, die Fälle, in welchen das Gesetz jemandem das Pfandrecht einräumt, seien am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches enthalten, während dasselbe doch nirgends auch nur mit einem Worte eine Ersitzung des Pfandrechtes erwähnt **).

b) Anders ist es bei dem Hypothekarrechte, welches durch die Vermittlung der öffentlichen Bücher allerdings einen Besitz zuläßt ***) (§§. 321, 322 u. 350). Hier fordert es vielmehr die Rücksicht auf den Hypothekar-Credit, daß der Tabularbesitzer durch das Institut der Ersitzung geschützt werde. Unser G. B. spricht zwar auch von dieser Ersitzung nicht ausdrücklich, doch wird sich bei der Erläuterung des §. 1467 zeigen, daß dieselbe allerdings in den österreichischen Gesetzen anerkannt sei.

5) Daß das Recht der Dienstbarkeit durch Ersitzung erworben werden könne, ist bereits im §. 480 klar ausgesprochen, und erhellet eben so unbezweifelt aus den Bestimmungen der §§. 1469 u. 1470, doch tritt hier dieselbe Beschränkung wie bei der Ersitzung des Eigenthums ein, daß

---

*) Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 268.

**) Pachmann, a. a. O. S. 113.

***) Pachmann, a. a. S. 114.

nämlich jene Dienstbarkeiten kein Gegenstand der Ersitzung sind, deren Erwerbung durch das Gesetz überhaupt untersagt ist. Dieß ist insbesondere nach §. 43 des k. Pat. v. 5. Juli 1853, Nr. 130 des R. G. Bl. bei allen wie immer benannten Holzungs- und Bezugsrechten von Holz und sonstigen Forstproducten in oder aus einem fremden Walde der Fall, ferner bei Weiderechten auf fremden Grund und Boden und bei allen anderen Feldservituten, bei denen das dienstbare Gut Wald, oder zur Waldcultur gewidmeter Boden ist; endlich bei allen jenen Einforstungen, Waldnutzungs- und Weiderechten, welche in den, dem Landesfürsten zufolge des Hoheitsrechtes zustehenden Wäldern verliehen, oder aus landesfürstlicher Gnade gestattet wurden *).

6) Das nämliche wie bei den Dienstbarkeiten gilt auch bei anderen auf fremdem Boden ausgeübten Rechten, den s. g. dinglichen Forderungsrechten (Reallasten), vermöge welcher von dem Besitzer eines gewissen Grundstückes bestimmte Leistungen, mögen diese in einem Geben (z. B. des Zehenten) oder einem Thun (wie bei den Frohndiensten) bestehen, gefordert werden können (vgl. Bd. 1, S. 720 u. Bd. 2, S. 241 d. W., dann Unger, a. a. O. Bd. 1, S. 553), deren Ersitzungsfähigkeit die §§. 1469 — 1471 offenbar voraussetzen.

7) Was das Erbrecht betrifft, so wird die Ersitzung desselben von Einigen (Pachmann, a. a. O. S. 121 — Ellinger, Handb. S. 544) zugegeben, von Anderen (Winiwarter, bgl. Recht Bd. 5, S. 185; Nippel Erläut. Bd. 9, S. 9.) verworfen. Die letztere Ansicht scheint auch uns die richtigere zu sein. Das Erbrecht steht nach §. 533 nur demjenigen zu, der einen giltigen Titel dafür hat; dieser liegt entweder in dem erklärten Willen des Erblassers, oder in einem zuläßigen Erbvertrage, oder im Gesetze bei der Intestaterbfolge und dem Pflichttheile. Ist ein solcher Titel vorhanden, so ist das Erbrecht auch wirklich begründet, und es bedarf zur Erwerbung desselben keiner Ersitzung; ist er nicht vorhanden, so kann ihn die bloße factische Ausübung (der Umstand, daß sich Jemand als Erbe gerirt) nicht geben. Auch durch die Einantwortung erhält der vermeintliche Erbe keinen Titel, denn derselbe ist, (wie Winiwarter a. a. O. mit Recht hervorhebt), die bloße Anerkennung des als rechtmäßig ausgewiesenen Erben; der Richter ertheilt durch dieselbe kein Recht, sondern erklärt bloß, daß der vermeintliche Erbe seinen Titel ausgewiesen, und die ihm als Erben obliegenden Verpflichtungen erfüllt habe. Der vermeintliche Erbe kömmt dadurch in den Besitz der Erbschaft, aber nicht des Erbrechtes selbst. — Ueberhaupt ist eine fortgesetzte Ausübung des letzteren, oder ein Besitz desselben eigentlich gar nicht denkbar, und schon deßhalb die Ersitzung ausgeschlossen **).

---

*) Vgl. den in der allg. öst. Ger. Ztg., 1858 Nr. 30 mitgetheilten Rechtsfall und die darüber erflossene Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 16. Decemb. 1857, Z. 10273.

**) Unger, a. a. O. Bd. 2, I. S. 269. — Minder entsprechend scheinen uns die Gründe, welche Nippel für die oben vertheidigte Meinung anführt. Er sagt nämlich, daß der vermeintliche Erbe erst durch die Einantwortung (§§. 818 u. 819) in den Besitz der Erbschaft gelange, und daß von dieser Zeit an die dreißigjährige (§. 1470) Ersitzungszeit des Erben gerechnet werden müßte, daß aber vor Ablauf dieser Zeit schon das Recht des wahren Erben

8) Eben so bestritten, wie beim Erbrechte, ist die Frage, ob die persönlichen Sachenrechte ein Gegenstand der Ersitzung seien? Scheidlein (a. a. O. §. 37) u. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 189) beantworten sie verneinend, während sich Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 10) überhaupt und Ellinger (Handb. S. 544) mit Beschränkung auf jene Rechte, die eine fortwährende Ausübung gestatten (wie z. B. Bezüge von Unterhaltsgeldern, Pensionen, Renten) für die bejahende Meinung aussprechen. Unger (a. a. O., Bd. I, S. 546 und Bd. 2, I, S. 269) hält ihre Ersitzung deßhalb für unstatthaft, weil sie keinen Besitz zulassen. Ob der Verf. hiedurch nicht mit dem §. 313 des b. G. B. in Collision gerathe, und ob dieser wirklich nur auf den Besitz von Dienstbarkeiten und Reallasten zu beschränken sei, möchten wir vor der Hand doch noch bezweifeln, wiewohl uns manche Gründe dafür zu sprechen scheinen*). Winiwarter macht zur Vertheidigung seiner Ansicht geltend, daß die persönlichen Sachenrechte stets einen besonderen Grund voraussetzen, durch den eine Person einer Anderen zu einer Leistung verbunden wird (§. 859); ist nun dieser Grund vorhanden, so entsteht das persönliche Recht sogleich; mangelt aber derselbe gänzlich, oder ist der vorhandene nicht giltig, so gelangt man auch nicht in einen solchen Besitz, welcher durch die Fortsetzung zum wirklichen Rechte werden könnte. Denn das was ohne Grund geleistet worden ist, kann als eine Nichtschuld zurückgefordert werden, wenn es aus Irrthum geleistet wurde (§. 1432); wurde es aber mit dem Bewußtsein geleistet, daß der Leistende dazu nicht verbunden sei, so ist die nichtschuldige Leistung als Schenkung anzusehen, welche zwar nicht zurückgefordert werden kann, welche aber auch nicht die Verbindlichkeit gründet, mit dieser Leistung fortzufahren, da hieraus keine stillschweigende Uebernahme der Verbindlichkeit für die Zukunft gefolgert werden kann. Dieß gilt auch von demjenigen, welcher ein rechtlich nicht begründetes Forderungsrecht redlicher Weise durch Cession übernahm, denn geschah die Leistung des Schuldners an den Cessionär auf solche Art, daß sie eine stillschweigende Anerkennung des Rechtes enthielt, so ist der Schuldner darum den Uebernehmer als seinen Gläubiger zu befriedigen verbunden (§. 1396); war aber dieß nicht der Fall, so kann der Schuldner dem Uebernehmer alle Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den Uebertragenden zugestanden wären; er kann also auch von ihm nicht zu weiteren Leistungen dessen verhalten werden, was er nicht zu thun schuldig ist**)." — Wir möchten noch als einen weiteren Grund hinzufügen,

---

durch Verjährung verloren gehe, weil dazu der Verlauf von 30 Jahren hinreicht (§. 1479), die vom Todestage an gezählt werden. — Allein wir fragen, könnte nicht die Verjährung des wahren Erben einer Hemmung unterliegen, wo dann der Ablauf derselben nicht früher einträte, als die Ersitzung des Erbrechtes vollendet wäre, wenn sie überhaupt Platz griffe? — Die Hauptsache scheint uns darin zu liegen, daß, wie Nippel selbst sagt, der (vermeintliche) Erbe durch die Einantwortung den Besitz der Erbschaft, — aber nicht des Erbrechtes — erlangt.

*) Wir haben selbst bei Erläuterung des §. 313, Bd. 1, S. 636 u. 637 d. W. und eben so S. 699 u. 700 nur solche Beispiele angeführt, welche Dienstbarkeiten und s. g. dingliche Forderungsrechte betreffen.

**) S. auch bei Winiwarter, a. a. O. S. 189 in der Anmerkung die Wiederlegung der von Nippel für die entgegengesetzte Ansicht vorgebrachte Gründe.

daß nach §. 1478 jede Ersitzung eine Verjährung in sich begreift und daß nach §. 1453 bei der Ersitzung das „verjährte" Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes auf jemand andern übertragen werden soll, daß aber bei der Ersitzung eines persönlichen Sachenrechtes (z. B. des Rechtes zum Zinsenbezuge von einer nicht bestehenden Capitalsschuld) nicht abzusehen wäre, worin das „verjährte" Recht des Gegentheils bestehe?

§. 1459.

Die Rechte eines Menschen über seine Handlungen und über sein Eigenthum, z. B. eine Waare da oder dort zu kaufen, seine Wiesen oder sein Wasser zu benutzen, unterliegen, außer dem Falle, daß das Gesetz mit der binnen einem Zeitraume unterlassenen Ausübung ausdrücklich den Verlust derselben, verknüpfet, keiner Verjährung. Hat aber eine Person der anderen die Ausübung eines solchen Rechtes untersagt, oder sie daran verhindert; so fängt der Besitz des Untersagungsrechtes von Seite der Einen gegen die Freiheit der anderen von dem Augenblicke an, als sich diese dem Verbote oder der Verhinderung gefügt hat; und es wird dadurch, wenn alle übrigen Erfordernisse eintreffen, die Verjährung oder die Ersitzung bewirket (§§. 313 u. 351).

1) Als ein Gegenstand der Ersitzung wird in dem vorstehenden Paragraphen auch das Untersagungsrecht gegen die Freiheit eines Andern, von seinem Rechte beliebig Gebrauch zu machen, und Handlungen der bloßen Willkühr (actus merae facultatis) vorzunehmen, hervorgehoben. Nach §. 313 gelangt man nämlich in den Besitz eines s. g. Verbotsrechtes (s. d. Marginalinschrift dieses Paragraphen), wenn ein Anderer auf fremdes Verbot das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt (z. B. sein Haus nicht erhöht, sein Wasser nicht benützt), und dieser Besitz kann, wenn er sonst mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehen ist, zur Ersitzung führen. Doch glauben wir, daß hierin keine besondere Classe von Rechten gefunden werden kann, sondern daß das ersessene Recht immer eine bejahende oder verneinende Dienstbarkeit oder ein dingliches Forderungsrecht sein müßte, zumal wir uns für die Ansicht entschieden haben, daß persönliche Forderungsrechte kein Gegenstand der Ersitzung sind.

2) Die Stellung des §. 1459 ist übrigens jedenfalls keine glücklich gewählte; in soferne er sich auf die Ersitzung bezieht, enthält er nichts Neues, sondern nur ein Corollar aus §. 1455; in sofern er aber von der eigentlichen Verjährung handelt (was seine Haupttendenz zu sein scheint), würde er besser beim §. 1481 eingereiht worden sein (wo auch näher auf den Inhalt desselben eingegangen werden soll), als hier, wo zunächst wenigstens von der Ersitzung die Rede ist.

§. 1460.

Zur Ersitzung wird nebst der Fähigkeit der Person und des Gegenstandes erfordert: daß jemand die Sache oder das Recht, die auf diese Art erworben werden sollen, wirklich besitze, daß sein Besitz rechtmäßig, redlich und echt sei, und durch die ganze von dem Gesetze bestimmte Zeit fortgesetzt werde (§§. 309, 316, 326 und 345).

Erfordernisse zur Ersitzung: 1) Besitz;

1) Ein wesentliches Erforderniß der Ersitzung ist, wie schon der Name andeutet, der Besitz derjenigen Sache, oder desjenigen Rechtes, welche dadurch erworben werden sollen. Der Besitz muß in der Regel (s. §. 1477) ein rechtmäßiger (§§. 1461 u. 1462), redlicher (§. 1463) und echter (§. 1464) sein, und durch die im Gesetze bestimmte Zeit (§§. 1465 u. s. f.) ununterbrochen (§. 1497) fortgedauert haben. Das Gesetz fordert überdieß einen „wirklichen" Besitz, doch scheint hierunter nichts anderes verstanden werden zu können, als daß das bloße Recht zum Besitze (§. 320) nicht genüge.

2) Aus der Bestimmung des §. 1460 geht die wichtige Folge hervor, daß auch bei uns die bekannte Rechtsregel gilt: tantum praescriptum quantum possessum; denn das Bedingte kann nicht weiter reichen, als das Bedingende *).

§. 1461.

Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eigenthumes, wenn solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinlänglich gewesen wäre, ist rechtmäßig und zur Ersitzung hinreichend. Dergleichen sind: z. B. das Vermächtniß, die Schenkung, das Darleihen, der Kauf und Verkauf, der Tausch, die Zahlung u. s. w.

und zwar: a) ein rechtmäßiger;

§. 1462.

Verpfändete, geliehene, in Verwahrung oder zur Fruchtnießung gegebene Sachen, können von Gläubigern, Entlehnern und Verwahrern oder Fruchtnießern, aus Mangel eines rechtmäßigen Titels, niemals ersessen werden. Ihre Erben stellen

---

*) Mit Recht wurde daher in dem, in der allg. öst. Ger. Ztg. 1856, Nr. 22, mitgetheilten Rechtsfalle von dem obersten Gerichtshofe unterm 16. August 1855, Z. 1727, entschieden: aus dem Umstande, daß Jemand durch die Ersitzungszeit von dem s. g. Einforstungsrechte, d. i. von dem Rechte Gebrauch machte, aus einem Walde das für seinen Haus- und Wirthschaftsbedarf nöthige Holz zu beziehen, könne eine Ersitzung des Waldeigenthumes nicht abgeleitet werden.

die Erblaſſer vor, und haben nicht mehr Titel als dieſelben. Nur dem dritten rechtmäßigen Beſitzer kann die Erſitzungszeit zu Statten kommen.

1) Der Begriff des rechtmäßigen Beſitzes iſt bereits in den §§. 316—319 angegeben (vgl. Bd. 1, S. 641 d. W.). Die Beſtimmung der §§. 1461 u. 1462 ſtimmt im Ganzen genommen mit den dort aufgeſtellten Grundſätzen überein; nur iſt ſie in ſo ferne enger gefaßt, als ſie bloß den abgeleiteten Beſitz im Auge hat, da bei freiſtehenden Sachen eine Erſitzung nicht nothwendig iſt, ſondern durch die Ergreifung des Beſitzes derſelben zugleich ihr Eigenthum erworben wird (§. 381). Bei Sachen, die bereits einen Eigenthümer haben, kann die (mittelbare) Erwerbung nur dadurch bewerkſtelliget werden, daß ſie auf eine rechtliche Art von einem Eigenthümer auf den andern übergehen (§. 423). Die Eigenthums-Uebertragung ſetzt aber nothwendiger Weiſe voraus, daß das Eigenthum dem Uebertrager ſelbſt zuſtehe (§. 442). Iſt dieſes nicht der Fall, ſo kann ſelbſt durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme (§. 425) das Eigenthum in der Regel noch nicht als erworben angeſehen werden. Hier tritt nun die Erſitzung in's Mittel; ſie iſt aber nur dazu beſtimmt, den in der Perſon des Vormannes liegenden Mangel zu erſetzen. Der Titel muß alſo ſo beſchaffen ſein, daß er zur Uebernahme des Eigenthumes hinlänglich geweſen wäre, wenn dieſes dem Uebergeber gebührt hätte. — Was im §. 1461 ausdrücklich vom Eigenthume geſagt iſt, muß übrigens im Wege der Analogie auch auf andere Rechte ausgedehnt werden, die (nach Obigem) einen Gegenſtand der Erſitzung bilden (alſo auf Dienſtbarkeiten und dingliche Forderungsrechte), und wir können daher als einen giltigen Titel im Allgemeinen denjenigen bezeichnen, welcher zur Erwerbung desjenigen Rechtes, um deſſen Erſitzung es ſich handelt, geeignet wäre, wenn dem Uebertrager das Befugniß zur Einräumung desſelben zuſtünde.

2) Als ein zur Erſitzung hinreichender Titel erſcheint demnach der Wille des vorigen Beſitzers, wenn er die Uebertragung des zu erſitzenden Rechtes beabſichtigt, mag dieß (bei Vermächtniſſen)*) in einer letztwilligen Anordnung, oder in einem Vertrage oder überhaupt in der Erfüllung einer obliegenden Verbindlichkeit (z. B. einer Erſatzpflicht) geſchehen. Das Geſetz bezeichnet daher als dergleichen Titel: die Schenkung, das Darleihen, den Kauf und Verkauf und den Tauſch. Außerdem können die Geſellſchaftseinlage (§. 1183), ſo wie die Vertheilung des Gewinnes (§. 1193) oder des Hauptſtammes bei einem geſellſchaftlichen Unternehmen (§. 1215), die Beſtellung des Heirathsgutes (§. 1227), die Hinterlegung des Preiſes bei einem Glücksvertrage (§. 1271) und andere hierher gerechnet werden. Auch der allgemeine Titel der Zahlung, d. i. die Leiſtung deſſen, was Jemand (nicht bloß aus einem Vertrage, ſondern auch aus einem andern Rechtsgrunde) zu leiſten ſchuldig iſt (§. 1412), iſt im §. 1461 aufgeführt. Iſt die Wirkſamkeit des Erwerbstitels an eine aufſchiebende Bedingung, oder eine Zeitbeſtimmung gebunden, ſo kann die Erſitzung vor dem

---

*) Ob das Erbrecht im eigentlichen Sinne einen Titel zur Erſitzung gebe, wird weiter unten erörtert werden.

Eintritte derselben wohl nicht beginnen *); ist aber eine auflösende Bedingung beigefügt, oder der Titel überhaupt ein widerruflicher, so kann die Ersitzung zwar nicht gegen den Vormann, wohl aber gegen einen Dritten Platz greifen **).

3) Ein giltiger Titel kann ferner in dem Ausspruche des Richters liegen, und zwar sowohl zur Ersitzung des Eigenthums (§. 436) als einer Dienstbarkeit (§. 842) bei der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, dann bei der executiven Einantwortung einer bestimmten Sache in oder außer dem Falle des Concurses (s. die Proceßvorschriften).

4) Auch die Anordnung des Gesetzes muß als ein giltiger Titel angesehen werden, wenn sie den Uebergang des Eigenthums von einer Person auf die andere verfügt, dieses aber dem Vormanne nicht gebührte. Ein solcher Fall könnte beim Zuwachse nach §. 415 eintreten, wenn z. B. das verarbeitete Materiale nicht Eigenthum desjenigen war, in dessen Besitze es sich befand, der aber als Eigenthümer angesehen wurde, und weil ihm nach dem o. a. Paragraphe die Wahl frei stand, die ganze Sache dem Gegentheile überließ.

5) Anderseits muß der Besitz als ein, wegen Mangels eines hinreichenden Titels zur Ersitzung nicht geeigneter bezeichnet werden: a) wenn der Besitzer gar keinen Titel für sich hat, sondern sich über das Vorhandensein desselben im Irrthume befand, indem er z. B. glaubte, daß ihm eine Sache geschenkt worden sei, während dieß nicht der Fall ist ***); — b) wenn das Erwerbsgeschäft wegen Unfähigkeit der Paciscenten (§. 865) ungiltig war †); — c) wenn der Titel in einem vom Gesetze verbotenen Vertrage (§. 879) besteht; — d) wenn der Titel wohl zur Uebertragung des Besitzes, nicht aber des Eigenthumes geeignet ist, wie wenn der mit der Eigenthumsklage Belangte, weil er den Besitz der Sache vor Gericht leugnete, diesen nach §. 376 dem Kläger abtreten muß, — endlich e) wenn das im Mittel liegende Geschäft dem Uebernehmer der Sache gar nur die Innehabung desselben einräumen, keineswegs ihm aber Besitz oder Eigenthum übertragen wollte, wie dieß bei der Verpfändung, beim Darlehen, beim Verwahrungsvertrage, bei der Fruchtnießung, — wohl auch beim Bestandvertrage, bei der Bevollmächtigung, bei der Bestellung einer unverbrauchbaren Sache als Heirathsgut u. dgl. der Fall ist ††).

---

*) Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit. fr. 2, §. 2. Dig. pro emt. (41, 4).

**) Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usu capta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero. fr. 13. pr. Dig. de mort. caus. don. (39, 6).

***) Error . . . falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat. §. 11. Inst. de usuc. (2, 6). — Vgl. auch fr. 2. §. 6. Dig. pro emt. (41, 4) und const. 5. Cod. de praes. (7, 33).

†) Eum, qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit. const. ult. Cod. de usuc. pro emt. (7, 26).

††) In welchem Zusammenhange der §. 1462 mit dem §. 1477 steht, und in wieferne die im Eingange desselben enthaltene Aufzählung in dieser

6) Obwohl die in dem zweiten Satze des §. 1462 enthaltene Beſtimmung ſich zunächſt nur auf die Erben eines Pfandgläubigers, Entlehners, Verwahrers oder Fruchtnießers bezieht, ſo muß ſie doch als eine allgemeine Verfügung betrachtet werden, da ſchon §. 547 den Grundſatz aufſtellt, daß der Erbe, ſobald er die Erbſchaft angenommen hat, in Rückſicht auf dieſelbe den Erblaſſer vorſtellt, woraus mit Nothwendigkeit hervorgeht, daß er überhaupt nicht mehr Titel hat, als derſelbe. Die wenigſtens unter den älteren Civiliſten ſtreitige Frage, ob es einen eigenen titulus pro herede gebe, ſcheint ſomit nach öſterreichiſchem Rechte verneinend beantwortet werden zu müſſen, denn die Einantwortung (§. 819) gibt, wie bereits oben (S. 702) bemerkt wurde, keinen Titel, ſondern enthält bloß die Anerkennung des ſchon beſtehenden Rechtsgrundes zur Erlangung der Erbſchaft. Dagegen kann ein dritter rechtmäßiger Beſitzer, z. B. der Käufer einer verpfändeten Sache, dieſelbe allerdings erſitzen, da er eben einen giltigen Titel (im Kaufe) für ſich hat, ſobald nur die übrigen Erforderniſſe der Erſitzung (Redlichkeit des Beſitzes u. ſ. w.) eintreten; doch beginnt die Erſitzung erſt mit dem Zeitpunkte ſeines Beſitzes, und nur in dieſem Sinne kann die Schlußverfügung des §. 1462 aufgefaßt werden, daß dem dritten rechtmäßigen Beſitzer die Erſitzungszeit zu Statten komme.

§. 1463.

b) redlicher; **Der Beſitz muß redlich ſein. Die Unredlichkeit des vorigen Beſitzers hindert aber einen redlichen Nachfolger oder Erben nicht, die Erſitzung von dem Tage ſeines Beſitzes anzufangen (§. 1493).**

1) Nach römiſchem Rechte war bekanntlich die bona fides nur am Anfange der Erſitzung nothwendig *); wogegen das canoniſche Recht den Grundſatz ausgeſprochen hat, daß der gute Glaube durch die ganze Erſitzungszeit fortdauern müſſe **). Dieſer Anſicht iſt denn auch unſer b. G. B. gefolgt, „weil das Geſetz die Unredlichen nicht ſchützen, und ſie durch die Hoffnung, die Früchte ihrer Unredlichkeit ungeſtört zu genießen, zur Unredlichkeit aufmuntern kann" ***). Würde daher der urſprünglich redliche Beſitz zum unredlichen werden (z. B. im Falle des §. 338 oder in anderer Weiſe, ſ. Bd. 1, S. 656 d. W.), ſo wird eine Unterbrechung der Erſitzung eintreten (§. 1497); eben ſo könnte aber der urſprünglich unredliche Beſitz in einen redlichen

---

Beziehung eine taxative oder bloß exemplicative iſt, wird ſich bei Erläuterung dieſes letzteren ergeben.

*) Vgl. fr. 10. pr. u. fr. 15. Dig. de usucap. (41, 3); fr. 2. pr. und §. 13; fr. 7. §. 4. Dig. pro emto (41, 4).

**) c. 5 u. 26 X. de praescr. (2, 26). Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte habeat conscientiam rei alienae.

***) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 206.

übergehen (a. a. O. d. W.) und dann würde die Ersitzung von diesem Augenblicke an zu laufen beginnen.

2) Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes ist etwas ganz Subjectives, in der Meinung des Besitzers Gelegenes, sie geht daher weder auf den Universal- noch auf den Particularnachfolger über, sondern der Besitz desselben ist nach dessen eigenem Bewußtsein zu beurtheilen. War demnach der Vormann in gutem Glauben, während der Nachfolger sich in bösem Glauben befindet, so wird mit dem Eintritte seines unredlichen Besitzes die von dem Vormanne etwa angefangene Ersitzung unterbrochen; ist der Besitz beider redlich, so kann der Nachfolger die Ersitzungszeit seines Vorfahrers mit einrechnen (§. 1493); war dagegen der Vormann unredlich, während der Nachfolger guten Glaubens ist, so kann er die Ersitzung wenigstens vom Tage seines (redlichen) Besitzes beginnen.

§. 1464.

Der Besitz muß auch echt sein. Wenn Jemand sich einer Sache mit Gewalt oder List bemächtiget, oder in den Besitz heimlich einschleicht, oder eine Sache nur bittweise besitzt; so kann weder er selbst, noch können seine Erben dieselbe verjähren. c) echter.

1) Gewalt und Arglist — sagt Pachmann a. a. O., S. 99 — und Mißbrauch des Vertrauens haben auch nicht den mindesten Schein von etwas Rechtlichem, sie zerstören den geselligen Zustand in seinen ersten Elementen, und bemüssigen den Gesetzgeber „Handlungen der Art mit besonderer Strenge zu brandmarken;" es ist daher vollkommen erklärbar, daß §. 1464 zur Ersitzung auch die Echtheit des Besitzes fordert (vgl. §. 345 und Bd. 1, S. 687 d. W.).

2) Diese beruht nicht (wie die Redlichkeit) auf einem subjectiven, sondern auf einem objectiven Momente, nämlich der Art des Besitzerwerbes, in Ansehung dessen (wie bei der Rechtmäßigkeit) der Erbe nur als Repräsentant des Erblassers (§. 547) erscheint. Die Unechtheit des Besitzes wirkt demnach als ein Hinderniß der Ersitzung auch auf die Erben, keineswegs aber auf einen Particularnachfolger, der die zu ersitzende Sache auf echte Weise übernimmt. Dieser kann also bei dem Vorhandensein der übrigen Erfordernisse, die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes anfangen.

§. 1465.

Zur Ersitzung und Verjährung ist auch der in dem Gesetze vorgeschriebene Verlauf der Zeit nothwendig. Außer dem durch die Gesetze für einige besondere Fälle festgesetzten Zeitraume wird hier das in allen übrigen Fällen zur Ersitzung oder Verjährung nöthige Zeitmaß überhaupt bestimmt. Es kommt dabei sowohl auf die Verschiedenheit der Rechte und der Sachen, als der Person an. 2) Verlauf der Zeit.

1) Zur Ersitzung (so wie zur Verjährung, wovon später bei §. 1478 die Rede sein wird) ist auch ein gewisser Zeitverlauf nothwendig. Für die Berechnung desselben ist im Gesetze keine besondere Vorschrift aufgestellt, wir müssen deßhalb auf die allgemeinen Grundsätze zurückgehen. Was nun den Anfangspunkt der Ersitzung betrifft, so beginnt dieselbe mit dem Tage des Besitzes (wie auch der §. 1463 sich ganz richtig ausdrückt), und der Tag wird hierbei als ein untheilbares Ganzes betrachtet (vgl. oben S. 77 d. W.)*); so daß es gleichgiltig ist, mit welcher Stunde des Tages (und wenn es auch die letzte wäre) der Besitz seinen Anfang genommen habe. — Die Jahre, welche die Ersitzung fordert, werden sohin nach Analogie des §. 902 zu 365 Tagen gerechnet, und die Schalttage dabei nicht mitgezählt**) (s. oben S. 78 d. W.). Zur Vollendung der Ersitzung ist aber der Verlauf des letzten Tages erforderlich (vgl. oben S. 79 d. W.)***), und der Grundsatz des §. 903 kömmt hier nicht zur Anwendung.

2) Die Ersitzungszeit ist nicht durchgehends gleichmäßig bestimmt, sondern es wird dabei auf die größere oder geringere Wichtigkeit der Fälle und auf den Umstand Rücksicht genommen, ob der Besitzer offen zu Werke ging, und dem Eigenthümer große Fahrlässigkeit zur Last fällt, oder ob es sich um Gegenstände handelt, die gegen Personen, welche ihre Rechte nicht selbst wahren können, ersessen werden sollen, oder die von strafwürdigen und verdächtigen Vormännern erworben worden sind †). Demzufolge unterscheidet das Gesetz die ordentliche Ersitzungszeit von 3 oder 30 Jahren, und die außerordentliche, welche hier (anders bei der eigentlichen Verjährung) auf 6 oder 40 Jahre verlängert ist. Minasiewicz ††) glaubt noch weiter eine gemeine ordentliche Ersitzungszeit und eine besondere ordentliche Zeit der Ersitzung unterscheiden zu müssen, von denen die erstere in Bezug auf alle Personen, gegen welche etwas ersessen werden soll, in der Regel statt findet, während letztere bloß in Bezug auf bestimmte Personen in der Regel anzuwenden kömmt, wogegen die außerordentliche Ersitzungszeit diejenige ist, die als Ausnahme von der Regel in einzelnen Fällen Platz greift. Allein es ist wie schon Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 144) bemerkt hat, kein Grund zu dieser Unterscheidung; die Marginalinschriften der §§. 1466 und 1472, die mit dem Contexte des Gesetzes in vollem Einklange stehen, sprechen nur von einer ordentlichen und außerordentlichen Ersitzungszeit, und das Beiwort „gemeine", dessen sich der §. 1472 bedient, ist nur als

---

*) Hiermit stimmt auch Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 8, S. 146 u. Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 296. — Anderer Meinung ist Pachmann, a. a. O. S. 58 u. 120, welcher die Ersitzungszeit von Moment zu Moment berechnen will.

**) Anderer Meinung ist dießfalls Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 303.

***) Derselben Ansicht ist Winiwarter, a. a. O. S. 147 u. Unger, a. a. O. S. 302. — Consequent rechnet dagegen Pachmann (a. a. O.) von Moment zu Moment.

†) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 211.

††) In seinen Bemerkungen zur Lösung der Frage: welche von den im letzten Hauptstücke des a. b. G. B. festgesetzten Ersitzungs- und Verjährungsfristen in die Classe der ordentlichen und welche in jene der außerordentlichen Ersitzungs- und Verjährungsfristen gehören? (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1840. I. S. 28).

eine Apposition anzusehen, begründet aber keineswegs eine Untereintheilung der ordentlichen Ersitzungszeit in eine gemeine und „besondere," welch' letzterer im Gesetze nirgends Erwähnung geschieht. Auch würde nach Winasiewicz's Ansicht des §. 1472 eine ordentliche (besondere) Ersitzungszeit enthalten, und dadurch mit der Marginalnote in directen Widerspruch gerathen.

3) Der §. 1455 deutet an, daß im Gesetze einige „besondere Fälle" vorkommen, in denen ein bestimmter Zeitverlauf die Erwerbung des Eigenthumes vermittelt. Dieß ist der Fall beim Finden einer verlorenen Sache (im §. 392) und bei dem Zuwachse durch ein abgerissenes Stück Land (nach §. 412). Wir können jedoch hierin keine Ersitzung wahrnehmen, sondern, u. z. beim Funde, eine ganz eigenthümliche Erwerbungsart (Bd. 1, S. 772 d. W.) und bei der vis fluminis eine Erwerbung durch Zuwachs *).

§. 1466.

Das Eigenthumsrecht, dessen Gegenstand eine bewegliche Sache ist, wird durch einen dreijährigen rechtlichen Besitz ersessen.

Ersitzungszeit: Ordentliche.

1) Die ordentliche Ersitzungszeit ist verschieden, je nachdem es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt. Das Eigenthumsrecht, und nach der Analogie desselben auch ein anderes Recht (z. B. die Fruchtnießung) an einer beweglichen Sache wird in drei Jahren ersessen.

2) Ein Zweifel könnte dießfalls nur entstehen, wenn eine bewegliche Sache das Zugehör einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache ausmacht, und für die Ersitzung der Hauptsache ein anderer Termin, als für jenen der Nebensache vorgeschrieben ist. Es scheint, daß dieser Umstand keinen Einfluß auf die Ersitzung der einzelnen, mit einander verbundenen Sachen ausübe, mag diese Verbindung erst durch den Besitzer selbst oder schon durch seinen Vorgänger hergestellt worden sein; hätte also Jemand z. B. an den von einem redlichen Besitzer erkauften Wagen ein von einem unredlichen Besitzer erkauftes Rad angesetzt, oder den von einem redlichen Besitzer erkauften Wagen bereits mit dem von einem unredlichen Besitzer erkauften Rade auf eine redliche Weise erworben, so würde die Ersitzung des Wagens mit Ausnahme des Rades in 3 Jahren, die Ersitzung des Rades aber (nach §. 1476) erst in 6 Jahren vollendet sein**). Dieß muß consequenter Weise auch dann behauptet werden, wenn die Verbindung der in Frage stehenden Sachen vor Vollendung der Ersitzung aufgehoben wird,

---

*) Unger, a. a. O. Bd. 2. I. S. 278 faßt diese beiden Fälle als eine an die Grundsätze des deutschen Rechtes über die Verschweigung angeknüpfte Exstinctivverjährung auf, welche die Wirkung der Acquisitivverjährung hat. So scharfsinnig die Deduction des Verfassers ist, so zweifeln wir doch, daß die Auffassung desselben dem österreichischen Gesetzgeber vorgeschwebt.

**) Winiwarter, bürgl. Recht. Bd. 5, S. 175. — Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 32. Das Nämliche scheint auch nach römischem Rechte zu gelten. Vgl. fr. 30. Dig. de usucap. (41, 3).

z. B. das in dem Gebäude befindliche Eisenwerk herausgenommen und als eine für sich bestehende Sache benützt wurde *).

§. 1467.

Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch ebenfalls durch Verlauf von drei Jahren. Die Gränzen der Ersitzung werden nach dem Maße des eingetragenen Besitzes beurtheilt.

1) Handelt es sich um die Ersitzung des Eigenthums- (oder eines anderen) Rechtes auf eine unbewegliche Sache, so kömmt zu unterscheiden, ob dasselbe auf den Namen des Besitzers in den öffentlichen Bücher eingetragen ist, oder nicht. Im ersten Falle genügt ebenfalls ein Zeitverlauf von drei Jahren, weil die, bei jeder Einverleibung ohnehin zu beobachtenden Vorsichten dem Eigenthümer einen hinlänglichen Schutz gewähren, und das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher möglichst gefördert werden muß.

2) Damit die dreijährige Ersitzung Platz greifen könne, ist erforderlich a) daß in dem Bezirke, in dem sich die Sache befindet, ordentliche öffentliche Bücher eingeführt sind. Wir haben auf die Einrichtung derselben bereits im Bd. 1, S. 818 d. W. aufmerksam gemacht, und erinnern hier nur, daß die öffentlichen Bücher im lomb.-venet. Königreiche und in Dalmatien bloß zur Evidenzhaltung des Hypothekarrechts dienen, daß dagegen die Verfachbücher in Tyrol und Vorarlberg, ungeachtet sie in ihrer Form wesentlich von den Landtafeln und Grundbüchern der übrigen Kronländer abweichen, allerdings auch zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Güter

---

*) Nippel (a. a. O., S. 33) glaubt hier nnterscheiden zu müssen, ob sowohl die Haupt- als Nebensache einem und demselben Eigenthümer, oder ob sie verschiedenen Eigenthümern gehören. Nur im letzten Falle bleibt er der oben aufgestellten Ansicht getreu; im ersten Falle meint er dagegen abermals unterscheiden zu müssen, ob die Ersitzungszeit länger oder kürzer wäre, wenn die Nebensache als ein Theil der Hauptsache selbst angesehen und behandelt wird, als sie es wäre, wenn man die Nebensache als eine für sich bestehende selbstständige Sache betrachtet. Ist das erstere der Fall, so soll der Besitzer berechtigt sein, von der kürzeren Ersitzungszeit Gebrauch zu machen, jedoch dieselbe nur von demjenigen Zeitpunkte berechnen dürfen, als er die Sache als für sich bestehend behandelt. — Ist das letztere der Fall, so kömmt nach der Ansicht des Verfassers dem Besitzer jedenfalls die kürzere Ersitzungsfrist zu Statten, da mit dem Verluste des Rechtes auf die Hauptsache für den Eigenthümer auch das Recht auf die einzelnen Bestandtheile desselben verloren gehen muß, ohne Unterschied, ob dieselben noch vor Ablauf der Ersitzungszeit aufgehört haben, Bestandtheile der Hauptsache zu sein, oder nicht. — Allein gegen den ersten Grund möchten wir einwenden, daß mit der Trennung der Nebensache von der Hauptsache kein neuer Besitz anfängt, daher nicht abzusehen ist, welche Veränderung dadurch in der Ersitzung derselben vorgehen soll; — der letztere Grund scheint uns aber deßhalb nicht stichhältig, weil es sich hier um eine Ersitzung, d. i. um die Erwerbung eines Rechtes durch fortgesetzten Besitz, nicht um eine Verjährung im eigentlichen Sinne handelt, sondern diese eben erst in Folge der vollendeten Ersitzung eintritt. (§. 1478.)

verwendet werden (Justiz-Minist.-Erl. v. 22. April 1854, Nr. 101 des R. G. Bl.); b) weiteres wird erfordert, daß die betreffende Sache in dem öffentlichen Buche verzeichnet, und c) daß das zu ersitzende Recht auf den Namen des Besitzers demselben einverleibt sei. Eine bloße Pränotation würde nicht hinreichen, da dieselbe nur ein bedingtes Recht gewährt (§. 438 und Bd. 1, S. 839 d. W.), und die Ersitzung vor dem Eintritte der Bedingung (s. oben, S. 706) d. i. der nachträglichen Justificirung nicht zu laufen beginnt. Wohl wird aber die Wirkung der erfolgten Rechtfertigung auf den Zeitpunct der geschehenen Vormerkung zurückbezogen (s. Bd. 1, S. 840 d. W.)*). Die Ersitzung beginnt zu Folge Hofd. v. 4. Juni 1819, Nr. 1567 der J. G. S. von dem Tage, an welchem die bezügliche Urkunde in die öffentlichen Bücher eingetragen worden ist, wobei unter den öffentlichen Büchern das Hauptbuch verstanden werden muß. Es ist daher die Veranstaltung getroffen worden, daß bei jeder Tabularpost in dem Hauptbuche der Tag, an welchem sie in dieses Buch eingetragen wird (nicht aber jener, an welchem man mit der Eintragung der Urkunden in die Instrumentenbücher fertig geworden ist) angemerkt werde. Daß der Tabularbesitzer zugleich im physischen Besitze der Sache sei, um zu ersitzen, wird im Gesetze nirgends gefordert**); im Gegentheile spricht der §. 322 ausdrücklich demjenigen, welcher als Besitzer eingeschrieben ist, das „Besitzrecht", also gewiß auch das Recht zu ersitzen zu. Allerdings gibt es aber nach unserer Ansicht (Bd. 1, S. 645 und 700 d. W.) neben dem Tabularbesitze auch einen s. g. Naturalbesitz, und es kann demnach geschehen, daß die Ersitzung des physischen Besitzers neben jenen des Tabularbesitzers herläuft***). Derjenige, dessen Ersitzung zuerst vollendet wird, ist dann auch in der Lage die Zuerkennung seines (ersessenen) Rechtes nicht nur gegen den bisherigen Eigenthümer (§. 1498) sondern (um so mehr auch) gegen den andern Besitzer bei dem Gerichte anzusuchen. Unterläßt er dieß, so hat er sich's nur selbst zuzuschreiben, wenn ihm sohin sein Gegner, nachdem auch dessen Ersitzungszeit abgelaufen ist, zuvorkömmt.

3) Da das Begründete nicht weiter reichen kann, als der Grund, so ist es erklärlich, daß sich, wie der Schlußsatz des §. 1467 verfügt, die Gränzen der Ersitzung nach dem Maße des eingetragenen Besitzes richten.

---

*) Man könnte glauben, daß es nach stattgefundener Justificirung wegen des in Mitte liegenden richterlichen Ausspruches keiner Ersitzung mehr bedürfe; allein jener wirkt nur zwischen den Streittheilen (§. 12), während diese auch gegen Dritte Schutz gewährt.

**) S. auch Unger, a. a. O., Bd. 2, I, S. 285.

***) Auch Nippel (Erläut., Bd. 9, S. 37) gibt dieß zu, nur meint er, daß die 30jährige Ersitzung des Naturalbesitzers erst mit dem Tage beginne, da die 3jährige Ersitzung des Tabularbesitzers abgelaufen ist, weil bei der Ersitzung immer auf die Person desjenigen Rücksicht genommen werden müsse, gegen den ersessen werden soll, und weil nach §. 1478 das Eigenthumsrecht auf eine unbewegliche Sache in dem Falle, als ein anderer die Eigenthumsrechte über selbe ausübt, zwar nach Verlauf von 30 Jahren verloren geht, die Verjährung aber erst von dem Zeitpunkte an beginnen kann, als der Eigenthümer (?) wirklicher (?) Eigenthümer geworden ist. Wir haben schon oben auf das Urgrundhältige dieser Anschauung aufmerksam gemacht.

Darnach wird also zu beurtheilen sein, ob das vollständige oder unvollständige, beschränkte oder unbeschränkte Allein- oder Miteigenthum der ganzen Sache oder auch nur eines Theiles derselben von dem Tabularbesitzer erworben wurde.

4) Wir haben schon oben angedeutet, daß durch das Tabularinstitut auch die Ersitzung des Hypothekarrechtes vermittelt werde, wiewohl der §. 1467 desselben nicht ausdrücklich erwähnt. Der Beweis hiefür liegt in dem Hofd. v. 29. Aug. 1818, Nr. 1488 der J. G. S., welches in seinem Eingange von allen Arten der Eintragung (wodurch eine Verpfändung des Eigenthums bewirkt werden soll) sprechend, im Abs. 4 verfügt: wer die Giltigkeit einer der Landtafel oder dem Grundbuche einverleibten Urkunde*) bestreiten will, muß binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist gegen die Theilnehmenden eine ordentliche Klage auf Löschung dieser Urkunde überreichen. Anknüpfend an diese Bestimmung, äußert sich das Hofd. v. 4. Juni 1819, Nr. 1567 der J. G. S., über die Berechnung der Verjährung bei Tabularposten**), „daß die Verjährung bei landtäflich oder grundbücherlich einverleibten Rechten von dem Tage, an welchem die Urkunde in die öffentlichen Bücher eingetragen worden ist, zu berechnen sei". Damit vereinigt sich denn auch die Ansicht sämmtlicher Commentatoren und die constante Praxis der Gerichte.

5) Noch erübrigt aber eine wichtige Frage, ob die Ersitzung des Tabularbesitzers eine Ersitzung im gemeinen Sinne des Wortes sei, also einen rechtmäßigen, redlichen und echten Besitz voraussetze, oder ob sie sich vielmehr als eine Folge der Verjährung des Bestreitungsrechtes darstelle, wo dann von Seite des Tabularbesitzers weder ein rechtmäßiger Titel noch guter Glaube erforderlich wäre (§. 1493)? In der That scheint der Wortlaut des Hfd. v. 29. August 1818 für die letztere Ansicht zu sprechen***), und auch an Präjudicaten für dieselbe fehlt es nicht†). Dennoch fehlt es auch an Gründen für die erstere Ansicht nicht. Zu ihren Gunsten spricht die Stellung des §. 1467 in der Lehre von der Ersitzung, und die Bezeichnung der Erwerbung des Tabularbesitzers als „Ersitzung", deren wesentliche Erfordernisse (Rechtmäßigkeit, Redlichkeit und Echtheit des Besitzes) gerade in den vorhergehenden Paragraphen aufgezählt wurden; auch, sagt man, hieße es wohl die Sorgfalt für den Credit der öffentlichen Bücher zu weit ausdehnen, und die doch nicht immer so strafbare „Fahrlässigkeit" des Eigenthümers zu strenge ahnden, wollte man auch den unrechtmäßigen und unredlichen Tabularbesitzer nach 3 Jahren gegen jede weitere Einsprache schützen††). Jedenfalls ist die Sache sehr zweifelhaft.

---

*) Also auch einer Urkunde, wodurch Jemanden das Hypothekarrecht eingeräumt wird.

**) Unter diesem Ausdrucke werden nach der gewöhnlichen Sprachweise des Gesetzes zumeist nur Hypothekarforderungen verstanden.

***) S. auch Unger a. a. O., Bd. 2, I, S. 284.

†) S. den in der allg. österr. Ger. Ztg. 1852, Nr. 126 mitgetheilten Rechtsfall.

††) Vgl. die Ausführung von Dr. Lekisch in dem von ihm mitgetheilten Rechtsfalle (Jurist, Bd. 11, S. 12) aus. — In demselben Sinne erfloß eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes unterm 8. April 1856, Z. 2981. Der Fall war folgender: Auf dem Hause des Franz P. fand sich ein Schuldschein

§. 1468.

Wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher eingeführt sind, und die Erwerbung unbeweglicher Sachen aus den Gerichts-Akten und anderen Urkunden zu erweisen ist, oder wenn die Sache auf den Namen desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübet, nicht eingetragen ist, wird die Ersitzung erst nach dreißig Jahren vollendet.

1) Ist das zu ersitzende Recht in den öffentlichen Büchern nicht auf den Namen desjenigen eingetragen, der es ausübt, so hat das Gesetz eine längere — dreißigjährige — Ersitzungsfrist festgesetzt, weil es hier leichter geschehen kann, daß der Eigenthümer keine Kenntniß von der Besitzergreifung seines Eigenthumes durch einen Andern erlange.

2) Der Fall dieses Paragraphen kann eintreten: a) wenn in einem Bezirke noch gar keine öffentlichen Bücher bestehen, wie dieß z. B. im lombardisch-venetianischen Königreiche und Dalmatien bezüglich des Eigenthumes an unbeweglichen Gütern Platz greift; b) wenn die betreffende Realität keinen Gegenstand des öffentlichen Buches bildet, was z. B. bei ganz öden oder erst durch eine Flußregulirung trocken gelegten Grundstücken u. dgl. eintreten könnte, endlich c) wenn die unbewegliche Sache zwar in den öffentlichen Büchern inne liegt, aber nicht auf den Namen desjenigen eingetragen ist, der sich im physischen Besitze derselben befindet *).

3) Die Ersitzung beginnt hier mit dem Zeitpunkte, da der Ersitzende auf die in den §§. 312 u. 315 angedeutete Weise in den Besitz des unbeweglichen Gutes gelangt. Der Moment der Eintragung in die Gerichtsacten oder andere Urkunden (z. B. Steuerregister, Catastralbücher) entscheidet

---

über 1000 fl. C. M. sammt Nebenverbindlichkeiten zu Gunsten der Therese L. grundbücherlich ausgezeichnet. Ueber die Klage der Letzteren auf Zahlung dieser 1000 fl. erflossen die gleichlautenden Urtheile der ersten und zweiten Instanz dahin, daß Franz P. das als empfangen bestätigte, aber nicht zugezählt erhaltene Darlehen pr. 1000 Gulden zu zahlen nicht schuldig sei. In Folge dessen stellte Franz P. das Begehren auf Gestattung der Löschung der auf der klägerischen Realität haftenden Satzpost pr. 1000 fl. Diesem Begehren setzte die Geklagte Therese L. mit Beziehung auf die Hofdecrete vom 29. August 1818, Nr. 1488 der J. G. S. und vom 4. Juni 1819, Nr. 1567 ebd., die Einwendung der Verjährung entgegen, sie wurde jedoch in allen drei Instanzen sachfällig. In den Entscheidungsgründen heißt es: Die Geklagte mußte wissen, daß sie ein Darlehen dem Aussteller jenes Schuldbriefes nicht zugezählt habe; sie kann daher auch nur als eine unredliche oder unechte Pfandbesitzerin angesehen werden, und konnte somit den Pfandbesitz durch Ersitzung nicht erwerben; ist aber von ihrer Seite die Ersitzung wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse binnen drei Jahren nicht eingetreten, so kann auch von einer Verjährung des Löschungsrechtes ihres Gegners binnen drei Jahren keine Rede sein. Hiermit steht eine andere Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. Febr. 1851, Z. 292, nicht im Widerspruche, da in dem betreffenden Falle (s. allg. österr. Ger. Ztg. 1853, Nr. 110) der Kläger sich im rechtmäßigen und redlichen Besitze des Hypothekarrechtes befand.

*) Daß auch dieser Fall hieher zu rechnen sei, haben wir gegen Pachmann und Ordacky bereits Bd. 1, S. 645, ff. darzuthun versucht.

nicht, da dieselbe nur zum Beweise des Erwerbes dient, und nirgends mit der Eintragung in die Landtafeln oder Grundbücher (§. 322) hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auf gleiche Linie gestellt wurde.

4) Während der Tabularbesitzer nach vollendeter Ersitzung keiner neuerlichen Eintragung bedarf, um sich in seinem ersessenen Rechte zu schützen, muß der Naturalbesitzer darauf bedacht sein, nach §. 1498 die Eintragung desselben in die öffentlichen Bücher unter seinem Namen, in soferne es etwa thunlich ist (vgl. Z. 2, lit. a u. b), zu erwirken, um es auch dritten Personen gegenüber geltend machen zu können (§. 1500).

§. 1469.

Dienstbarkeiten und andere auf fremdem Boden ausgeübte besondere Rechte werden, wie das Eigenthumsrecht, von demjenigen, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, binnen drei Jahren ersessen.

§. 1470.

Wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher bestehen, oder ein solches Recht denselben nicht einverleibt ist, kann es der redliche Inhaber erst nach dreißig Jahren ersitzen.

1) Bezüglich der Ersitzung der auf fremdem Grund und Boden ausgeübten Dienstbarkeiten sowie der dinglichen Forderungsrechte (Reallasten s. ob. S. 702) kömmt ebenfalls zu unterscheiden, ob dieselben auf den Namen des Ersitzenden den öffentlichen Büchern einverleibt sind, oder nicht. Im ersten Falle genügt (wie beim Eigenthume nach §. 1466) die dreijährige Ersitzungszeit, im zweiten Falle ist ein Zeitraum von dreißig Jahren (wie nach §. 1468) erforderlich *).

2) Der Anfang des Besitzes beginnt bei denselben mit der Eintragung in das Hauptbuch (siehe oben S. 713) oder mit deren Ausübung im eigenen Namen (§. 313 u. Bd. 1, S. 636 d. W.), was aber die Wirkung der Ersitzung anbelangt, so kömmt die eben zum §. 1468, Z. 4, gemachte Bemerkung zu wiederholen.

§. 1471.

Bei Rechten, die selten ausgeübt werden können, z. B. bei dem Rechte, eine Pfründe zu vergeben, oder jemanden bei Herstellung einer Brücke zum Beitrage anzuhalten, muß derjenige, welcher die Ersitzung behauptet, nebst einem Verlaufe von dreißig Jahren, zugleich erweisen, daß der Fall zur Aus-

---

*) Vgl. den in der allg. österr. Ger. Ztg., 1856, Nr. 68, mitgetheilten Rechtsfall.

übung binnen dieser Zeit wenigstens drei Mahl sich ergeben, und er jedes Mahl dieses Recht ausgeübet habe.

1) Ein eigenthümliches Erforderniß hat das Gesetz hinsichtlich derjenigen Rechte aufgestellt, welche ihrer Beschaffenheit zufolge nur selten ausgeübt werden können, nämlich das Erforderniß einer wenigstens dreimaligen Ausübung während der Ersitzungszeit, wodurch diese freilich manchmal sehr hinausgeschoben werden kann.

2) Aus dem Zusammenhange des §. 1471 mit den §§. 1469 und 1470 geht hervor, daß derselbe nur von jenen Rechten handelt, die auf fremdem Boden, oder doch rücksichtlich desselben ausgeübt werden, wie z. B. das Recht, in fremdem Walde forstmäßig Holz zu schlagen, einen fremden Teich auszufischen u. dgl. Auch das im §. 1471 angeführte Recht, eine Pfründe zu vergeben, kann also nur ein solches sein, welches auf einem dinglichen Patronate beruht, und eben so muß die Verpflichtung, zur Herstellung einer Brücke beizutragen, als eine Reallast auf einem Grundstücke haften.

3) Sind derlei Rechte in den öffentlichen Büchern eingetragen, so bedarf es auch zu ihrer Ersitzuug nur eines dreijährigen Tabularbesitzes, da der §. 1471 bloß des Verlaufes von 30, nicht auch jenes von 3 Jahren erwähnt.

4) Sollen sie aber im Wege des Naturalbesitzes ersessen werden, so ist hiezu außer dem 30jährigen Besitze auch eine mindestens dreimalige Ausübung binnen dieser Zeit nothwendig. Der Besitz beginnt hier mit der Ausübung des zu ersitzenden Rechtes im eigenen Namen (§. 313), und dauert so lange fort, bis der Verlust desselben auf die im §. 351 angedeutete Weise (s. Bd. 1, S. 699 d. W.) eingetreten ist. Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 46) und Scheidlein (a. a. O. S. 60) sind daher irrig daran, wenn sie meinen, daß, um die Ersitzung zu vollenden, nach Ablauf der Frist von 30 Jahren ein vierter Ausübungsfall nothwendig sei, weil sich der Ersitzende zu dieser Zeit im Besitze des zu ersitzenden Rechtes befinden müsse. Diese beiden Schriftsteller gehen nämlich von der unrichtigen Ansicht aus, daß der Besitz eines Rechtes nur in der Ausübung desselben bestehe. Diese ist allerdings zur Erlangung des Besitzes nothwendig (§. 313), derselbe geht aber schon durch den bloßen Nichtgebrauch nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 351 noch keineswegs verloren, sondern es ist dazu ein actus in contrarium erforderlich (s. Bd. 1, S. 696 d. W.); ein solcher würde aber nur dann eintreten, wenn ein Ausübungsfall wirklich stattgefunden hat, und der Gegentheil sich der Ausübung widersetzte, der Ersitzende aber es bei dieser Weigerung bewenden ließ (§. 351).

5) Haben demnach während der 30jährigen Ersitzungszeit nur zwei Ausübungsfälle Platz gegriffen, so muß, um die Ersitzung für vollendet anzusehen, allerdings ein dritter Ausübungsfall hinzutreten; sind umgekehrt vor Ablauf der 30jährigen Frist bereits drei Fälle der Ausübung vorgekommen, so muß dennoch der Ablauf der ganzen Ersitzungszeit abgewartet werden, sind aber beide Momente vorhanden, so ist die Ersitzung auch sogleich vollendet und das Recht erworben.

6) Da der Besitz durch die ganze Ersitzungszeit ununterbrochen fortgedauert haben muß (s. oben S. 708), so ist es erklärbar, daß das zu ersitzende Recht, es mögen während desselben noch so wenige oder noch so viele Ausübungsfälle eingetreten sein, jedesmal ausgeübt worden sein müsse, weil sonst, wie oben (Z. 4) angedeutet wurde, der Verlust des Besitzes herbeigeführt, und damit die Ersitzung unterbrochen worden wäre (§. 1497). Als eine Unterbrechung wäre es aber nicht anzusehen, wenn in einem einzelnen Falle die Ausübung bloß bittweise nachgesehen worden wäre, denn eben nach §. 1497 wird die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Verpflichteten vielmehr als eine Ausübung des entgegenstehenden Rechtes betrachtet, und auch nach §. 362 erscheint selbst die Unterlassung der Ausübung eines Rechtes als ein Merkmal des freien Dispositionsbefugnisses des Berechtigten.

§. 1472.

Außerordentliche.

Gegen den Fiscus, das ist, gegen die Verwalter der Staatsgüter und des Staatsvermögens, in so weit die Verjährung Platz greift (§§. 287, 289 u. 1456, 1457), ferner gegen die Verwalter der Güter der Kirchen, Gemeinden und anderer erlaubten Körper, reicht die gemeine ordentliche Ersitzungszeit nicht zu. Der Besitz beweglicher Sachen, so wie auch der Besitz der unbeweglichen, oder der darauf ausgeübten Dienstbarkeiten und anderer Rechte, wenn sie auf den Namen des Besitzers den öffentlichen Büchern einverleibt sind, muß durch sechs Jahre fortgesetzt werden. Rechte solcher Art, die auf den Namen des Besitzers in die öffentlichen Bücher nicht einverleibt sind, und alle übrigen Rechte lassen sich gegen den Fiscus und die hier angeführten begünstigten Personen nur durch den Besitz von vierzig Jahren erwerben.

1) Eine außerordentliche längere Ersitzungszeit, nämlich von 6 oder 40 Jahren wird erfordert, theils wegen der Eigenschaft der Personen, gegen welche ersessen werden soll (§. 1472), theils wegen der Beschaffenheit des Objectes, an dem die Ersitzung Platz greift (§. 1474), theils endlich wegen eines Mangels in der Person des Vormannes (§. 1476). Der Fall der Abwesenheit (§. 1475) gehört eigentlich nicht hierher, da er nur in der Berechnung der ordentlichen Ersitzungszeit eine Modification hervorbringt.

2) Die Begünstigung (§. 1473) einer außerordentlichen Ersitzungszeit kömmt zuvörderst solchen Personen zu statten, welche ihre Angelegenheiten nicht selbst verwalten können, daher in Ansehung des Verlustes ihrer Rechte durch allfällige Nachlässigkeit ihrer Vertreter besonders gefährdet erscheinen. Das Gesetz rechnet hierher: a) Den Staat, in soferne es sich um das der Ersitzung überhaupt unterworfene Eigenthum desselben handelt (vgl. §§. 287, 290, 1456 u. 1477). Der Landesfürst, in soferne es

sich um dasjenige Vermögen handelt, welches er nicht als Oberhaupt des Staates besitzt (§. 289), erscheint nicht als begünstigt (§. 20), wenngleich sein Privatgut unter der Vertretung des Fiscus stünde, da es hier nicht auf die Person des Vertreters, sondern auf jene des Vertretenen ankömmt; weiters gehören hierher b) die Kirchen, d. i. die religiösen Genossenschaften der im Staate anerkannten Religionsbekenntnisse*); c) die Gemeinden, und zwar sowohl die politischen als die geistlichen (Klöster, Stifter u. dgl.), da das Gesetz nicht unterscheidet; d) andere erlaubte Körper. Daß hierunter Zünfte, Innungen, Gremien, sowie die Stiftungen (s. Bd. 1, S. 142 d. W.) zu verstehen seien, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Streitig ist es dagegen, ob der Ausdruck Körper auch die erlaubten Gesellschaften und Vereine umfasse? Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 222), Scheidlein (a. a. O. S. 65) und Ellinger (Handb. S. 549) bejahen diese Frage, während Winiwarter (bgl. Recht, Bd. 5, S. 193) die Erwerbsgesellschaften ausschließt**). Der Ausdruck „Körper", dessen sich der §. 1472 bedient, dürfte für die beschränkende Auslegung keinen Anhaltspunkt darbieten, denn derselbe wird an mehreren Stellen des G. B. als gleichbedeutend mit erlaubten Gesellschaften und Vereinen überhaupt gebraucht***). So scharfsinnig daher auch die Unterscheidung sein möge, die Unger (a. a. O. Bd. 1, S. 313 u. ff.) zwischen Corporationen (Körpern, Körperschaften) und einfachen Gesellschaften macht, so scheint sie doch dem österreichischen Rechte fremd zu sein. Der Verf. selbst bemerkt, daß die Rechtsvorschrift, welche nothwendig ist, damit die Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines bestimmten Zweckes als eine Corporation anerkannt werde, in einem allgemeinen Rechtssatze gelegen sein könne (a. a. O. S. 339), nur meint er, daß ein solcher bloß in Ansehung der öffentlichen Corporationen bestehe, daß es also in Oesterreich gar keine Privatcorporationen gebe. Sollte aber jener allgemeine Rechtssatz auch bezüglich der letzteren nicht eben im §. 26 zu finden sein, dessen Marginalinschrift alle erlaubten Gesellschaften als moralische Personen bezeichnet? Wir glauben daher, daß unter dem Ausdrucke „Körper" im §. 1472 auch Gesellschaften und Vereine zu verstehen seien†). Nur eine Beschränkung scheint sowohl aus dem Wortlaute, als aus dem Geiste des Gesetzes hervorzugehen, nämlich die auf Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit (Unger, a. a. O. S. 330), d. i. auf Gesellschaften, bei denen die Gesammtheit der jeweiligen Mitglieder formell so behandelt wird, als wäre sie ein selbstständiges Rechtssubject (a. a. O. S. 333). Denn der §. 1472 spricht von Verwaltern

---

*) Also nicht z. B. die Deutsch-Katholiken nach dem Schreiben des Min. des Cultus und Unterrichts v. 24. Jänner 1850, Nr. 38 des R. G. Bl., wo ausdrücklich gesagt ist, daß sie „als Kirche oder Religionsgesellschaft nicht anerkannt werden können"; — oder die Neusalemiten, Johannesbrüder, Bekenner der reinen christlichen Lehre nach dem Min. Erl. v. 26. März 1858.

**) S. auch Unger a. a. O. Bd. 1, S. 337.

***) Dieß erhellet wohl unzweifelhaft aus §. 559, wo gewiß Niemand behaupten wird, daß ein Nachlaß, zu dem der Erblasser seinen Bruder und eine aus 10000 Actionären bestehende Actiengesellschaft berufen hat, in 10001 gleiche Theile zu theilen sei, weil unter den Ausdruck Körper eine Actiengesellschaft nicht subsumirt werden kann!

†) Auch in dem officiellen Register zum a. b. G. B. wurde unter dem Schlagworte Gesellschaft auf den §. 1472 verwiesen

der Güter der erlaubten Körper, setzt also voraus, daß das Gesellschaftsvermögen nicht durch die Mitglieder der Gesellschaft selbst verwaltet werde (was doch bei den s. g. einfachen Gesellschaften in der Regel der Fall ist), und ebenso tritt auch der Grund, aus welchem der §. 1472 eine längere Ersitzungszeit fordert, nämlich, daß die Person, gegen welche ersessen werden soll, ihre Rechte selbst wahrzunehmen nicht im Stande ist, nur bei den obgenannten Gesellschaften ein.

3) Bei der außerordentlichen Ersitzungszeit tritt die Frist von 6 Jahren an die Stelle der dreijährigen, und die Frist von 40 Jahren an die Stelle der 30jährigen ordentlichen Ersitzungszeit, worüber die zu den §§. 1466 bis 1471 gemachten Bemerkungen zu wiederholen kommen. Darnach dürfte sich der im Schlußsatze des §. 1472 gebrauchte Ausdruck „und alle übrige Rechte" allerdings als durchaus nicht entsprechend darstellen, da außer den schon unter die „Rechte solcher Art" subsumirbaren Rechten, nämlich dem Eigenthum, der Dienstbarkeit und den dinglichen Forderungsrechten, keine übrigen Rechte zur Ersitzung geeignet sind.

§. 1473.

Wer mit einer von dem Gesetze in Ansehung der Verjährungszeit begünstigten Person in Gemeinschaft steht, dem kommt die nämliche Begünstigung zu Statten. Begünstigungen der längeren Verjährungsfrist haben auch gegen andere, darin ebenfalls begünstigte Personen ihre Wirkung.

1) Der erste im §. 1473 aufgestellte Grundsatz rechtfertigt sich dadurch, daß der den begünstigten Personen zugestandene Vortheil vereitelt würde, wenn er nicht auch den, mit ihnen in Gemeinschaft stehenden nicht begünstigten Personen zu Statten käme; demnach kann z. B. die Dienstbarkeit des Weiderechtes auf einem Grundstücke, welches sich im gemeinschaftlichen Eigenthume einer Kirche und einer nicht begünstigten Person befindet, nur in 6 oder 40 Jahren ersessen werden.

2) Der zweite Grundsatz des §. 1473 erklärt sich daraus, daß der den begünstigten Personen zuerkannte besondere Schutz des Gesetzes nur dort zur Anwendung kömmt, wo es sich um die Erhaltung ihrer Rechte gegen unbefugte Einschränkungen handelt. Wenn daher z. B. eine Gemeinde das Eigenthum eines Kirchengutes ersitzen soll, so ist dazu ebenso die Frist von 6 oder 40 Jahren erforderlich, wie wenn die Ersitzung von einer Privatperson ausgeübt wird.

3) Eine streitige Frage ist es, welchen Einfluß der Uebergang des Eigenthumes von einer begünstigten Person auf eine nicht begünstigte, oder umgekehrt von einer nicht begünstigten auf eine begünstigte während des Laufes der Ersitzungszeit auf die Dauer derselben übe? Dr. Helm hat dieselbe in einem gediegenen Aufsatze (in der österreich. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1828, I, S. 257) einer gründlichen Erörterung unterzogen, und fünf verschiedene Ansichten entwickelt, nach denen die erwähnte Frage (oder wenigstens der erste Theil derselben) beantwortet werden kann. Er selbst bekennt sich zu der Meinung, daß die gegen eine begünstigte Person angefangene

Ersitzung auch bei erfolgtem Uebergange der Sache an eine nicht begünstigte, erst in der außerordentlichen Ersitzungszeit vollendet wird, daß jedoch dem Dritten das Recht zustehe, von dem Zeitpunkte des Ueberganges die ordentliche Ersitzung anzufangen (a. a. O. S. 272). Die Begründung dieser Ansicht findet der Verfasser in der Analogie aus dem VI. Abs. des Kundmachungspatentes zu dem allg. bgl. G. B. (s. Bd. 1, S. 33 d. W.); die Fälle scheinen aber durchaus nicht ähnlich zu sein, da zwischen der Einführung eines neuen Gesetzes und der Veränderung in der Person des Eigenthümers, gegen welchen eine Ersitzung vor sich geht, denn doch ein wesentlicher Unterschied Platz greift. Uns scheint vielmehr jene Ansicht die richtigere zu sein, nach welcher bei dem Uebergange einer Sache von einer Person an eine andere zur Vollendung der auf diese Sache sich beziehenden Ersitzung ein solcher relativer Theil der, der Eigenschaft des Nachfolgers entsprechenden Ersitzungszeit gefordert wird, welche bei dem Uebergange an der mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Vorgängers erforderlichen Ersitzungszeit noch fehlte*). Wenn also z. B. bei der Ersitzung gegen eine Gemeinde schon 32 Jahre verstrichen sind, so würde nach dem Uebergange der Sache an eine nicht begünstigte Person noch ein 6jähriger Besitz nothwendig sein, weil zur Zeit der Uebergabe noch $^1/_5$ der (außerordentlichen) Ersitzungsfrist ($^8/_{40}$) fehlte, $^1/_5$ der ordentlichen Ersitzungszeit aber 6 Jahre ($^{30}/_5$) beträgt, und umgekehrt würden, wenn gegen eine nicht begünstigte Person die Ersitzung schon 2 Jahre gedauert hat, nach dem Uebergange der Sache an eine begünstigte Person noch der Verlauf von 2 Jahren erforderlich sein, weil $^1/_3$ der ordentlichen Ersitzungszeit 2 Jahren der außerordentlichen entspricht. Die Rechtfertigung dieser Ansicht scheint darin zu liegen, daß derselben zufolge die gegen jeden Eigenthümer der Sache laufende Zeit der Ersitzung nach den, seiner persönlichen Eigenschaft entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes berechnet, und weder die, nur gewissen Personen verliehene Begünstigung auf andere ausgedehnt, noch der denselben bereits zugegangene Vortheil durch den Uebergang der Sache auf einen andern Besitzer gänzlich vernichtet wird. Helm erhebt zwar (a. a. O. S. 272) dagegen mehrere Einwürfe, nämlich a) daß sich für diese Ansicht kein Anhaltspunkt im Gesetze finde, b) daß es bedenklich sei, mathematische Verhältnisse zur Richtschnur zu nehmen, und c) daß sie dem Grundsatze: Thatsachen, welche Rechte begründen sollen, seien nach ihrer ursprünglichen Qualität zu beurtheilen, widerstreite. Allein diese Einwürfe scheinen uns nicht stichhältig zu sein, denn ad a) ist die zu lösende Frage im Gesetze durchaus nicht berührt; es kann sich also für die Beantwortung derselben allerdings kein unmittelbarer Anhaltspunkt im Gesetze finden, aber eben deßhalb muß auf allgemeine Grundsätze zurückgegangen werden, die wir oben hervorzuheben versuchten; ad b) ist nicht abzusehen, worin eigentlich das „Bedenkliche" liegen solle; ad c) beruht aber die Ersitzung nicht bloß auf dem Anfange, sondern auf der fortgesetzten Ausübung des Besitzes, dessen Qualität durch die ganze Ersitzungszeit berücksichtigt

---

*) Dieser Ansicht haben sich auch Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 197), Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 51), Pachmann (a. a. O., S. 126) und Ellinger (Handb. S. 550) angeschlossen.

werden muß, wie wir schon an einem andern Orte (S. 708) bezüglich der Redlichkeit des Besitzers bemerkbar gemacht haben.

§. 1474.

Die Eigenschaft eines Familien-Fideicommisses, eines Erbpacht- und Erbzinsgutes geht nur durch einen frei eigenthümlichen Besitz von vierzig Jahren verloren.

1) Ein zweiter Fall, in welchem das Gesetz eine außerordentliche längere Ersitzungszeit fordert, wird durch die Beschaffenheit der Sache, deren Eigenthum ersessen werden soll, herbeigeführt, nämlich durch die Eigenschaft eines Familien-Fideicommisses, eines Erbpacht- oder Erbzinsgutes, wohl auch eines Bodenzinsgutes (vgl. §. 1125), bei dem sich nur die Theilung des Eigenthums auf die Oberfläche beschränkt. Jedoch tritt eine Verlängerung der Ersitzungszeit nur dann ein, wenn durch die Ersitzung die genannte Eigenschaft des Gutes verloren gehen soll (vgl. §. 1478), dieß findet aber nicht statt, wenn das Gut unter dem Fideicommißbande, oder wenn das Nutzungs- oder das Obereigenthum eines Erbpacht-, Erbzins- oder Bodenzinsgutes, oder endlich, wenn auf einem derlei Gute ein Hypothekarrecht, eine Dienstbarkeit oder ein dingliches Forderungsrecht ersessen würde. Hier kämen also die §§. 1466—1471 zur Anwendung.

2) Anders ist es, wenn das freie (vollständige) Eigenthum eines solchen Gutes ersessen*), also das Fideicommißband aufgelöst, die Theilung des Eigenthumes beseitiget würde, wozu nach dem Gesetze ein Zeitraum von 40 Jahren erforderlich ist. Die Uebereinstimmung mit den §§. 1466, 1467 und 1472 schiene zu verlangen, daß die in Frage stehende Ersitzung in sechs Jahren vollendet würde, wenn das Fideicommißband an einer beweglichen Sache haftet (wie z. B. an einem Schmuck, Silberzeug und dergleichen), oder wenn der Ersitzende als freier Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; allein da das Gesetz im §. 1474 durchaus nicht unterscheidet, während doch im §. 1472 auf diesen Unterschied Rücksicht genommen wurde, dürfte sich eine solche einschränkende Auslegung des §. 1474 nicht rechtfertigen lassen**).

3) Eine weitere, wie uns scheint, zu bejahende Frage ist: ob auch der Fideicommißbesitzer selbst, sowie der Ober- oder der Nutzungseigenthümer das freie Eigenthum des Fideicommiß-, beziehungsweise des Erbpacht-, Erbzins- oder Bodenzinsgutes ersitzen könne? Gemeiniglich wird es diesen Personen freilich sowohl an einem rechtmäßigen Titel, als an gutem Glauben fehlen; allein ob der rechtmäßige Titel zur Ersitzung von 30 oder 40 Jahren erforderlich sei, wird sich bei der Erläuterung des §. 1477 zeigen; wir bemerken vorläufig, daß uns dieses nicht der Fall zu sein scheint; was aber den guten Glauben anbelangt, so ist es durchaus nicht undenkbar, daß derselbe bei dem Ersitzenden vorhanden sei, wie wenn z. B. Jemand, der nicht Obereigenthümer ist, in den Besitz des Obereigenthums gelangte, und der

---

*) Durch einen „freieigenthümlichen Besitz" heißt es im §. 1474.

**) Vgl. Pachmann a. a. O., S. 121.

Nutzungseigenthümer mit diesem einen Vertrag abschlösse, zufolge welchem er künftig das Nutzungseigenthum als frei eigenthümlich besitzen soll *).

§. 1475.

Der Aufenthalt des Eigenthümers außer der Provinz, in welcher sich die Sache befindet, steht der ordentlichen Ersitzung und Verjährung in so weit entgegen, daß die Zeit einer willkührlichen und schuldlosen Abwesenheit nur zur Hälfte, folglich Ein Jahr nur für sechs Monate gerechnet wird. Doch soll auf kurze Zeiträume der Abwesenheit, welche durch kein volles Jahr ununterbrochen gedauert haben, nicht Bedacht genommen, und überhaupt die Zeit nie weiter als bis auf dreißig Jahre zusammen ausgedehnt werden. Schuldbare Abwesenheit genießt keine Ausnahme von der ordentlichen Verjährungszeit.

1) Wie schon oben (S. 718) angedeutet wurde, ist die Abwesenheit des Eigenthümers einer Sache, die, oder an der ein dingliches Recht (Hypothekarrecht, Dienstbarkeit oder dingliches Forderungsrecht) ersessen werden soll **), ein Umstand, welcher eine Modification bei der Berechnung der Ersitzungszeit herbeiführt. Schon im römischen Rechte (const. 12. Cod. de praescr. l. t. [7, 33]) war der Grundsatz ausgesprochen, daß immobiles per longi temporis praescriptionem inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur (vgl. princ. Inst. de usuc. [2, 6]), wozu noch die Nov. 119 cap. 8. für den Fall einer theilweisen An- und Abwesenheit hinzufügte: de exceptione vero decennii id definire nobis placuit, ut, si quis forte in dicta temporali decennii praescriptione per aliquot quidem annos praesens, per quosdam vero absens sit, tot alii anni ad decennium illius addantur, quot per decennium absens fuit. Daraus wurde dann die Authent. 2. ad const. 1. Cod. (7, 33) gebildet: Quodsi quis quibusdam annis praesens sit, quibusdam absens, adjiciantur ei super decennium tot anni, quot annos ex decennio fuit absens. Diese Anordnung hat denn ohne Zweifel auch Anlaß zu der in den §. 1475 unseres G. B. aufgenommenen Vorschrift gegeben.

2) Die Abwesenheit, welcher schon im §. 21 ein besonderer Schutz verheißen wurde, kömmt dann in Betrachtung, wenn sich der Eigenthümer der Sache außer der Provinz, wo sich dieselbe befindet, aufhält. Unter dem Ausdrucke „Provinz" dürfte gegenwärtig nach der klaren Vorschrift des Pat. vom 29. Nov. 1852, Nr. 246 des R. G. Bl., Abs. XIV., und des Pat. v. 29. Mai 1853, Nr. 99 ebd., Abs. XIV. nichts anderes, als der Umfang eines ganzen Kronlandes zu verstehen sein ***).

---

*) Nippel, Erläut., Bd. 9, S. 64.
**) Von der eigentlichen Verjährung wird später die Rede sein.
***) Vgl. Dolliner: Bemerkungen über einige bereits von Anderen angeregte, den §. 1475 b. G. B. betreffende Fragen in der österr. Zeitschr. f. Rechtsg. 1839, I, S. 257.

3) Weiters wird eine willkürliche und schuldlose Abwesenheit erfordert. Mit einer „willkürlichen“ Abwesenheit wollte das Gesetz wohl nur den Gegensatz jener Abwesenheit bezeichnen, die durch Civil- oder Kriegsdienste herbeigeführt wird, und nach §. 1496 eine noch ausgedehntere Begünstigung genießt. Abgesehen von dieser Art der Abwesenheit muß aber auch eine „nicht willkürliche“, z. B. durch Geschäfte, Krankheit u. dgl. veranlaßte Abwesenheit unter die Vorschrift des §. 1475 subsumirt werden, weil nicht abzusehen wäre, warum ein bloß zu seinem Vergnügen Reisender eines größeren Schutzes sich erfreuen sollte, als Derjenige, der z. B. durch unbefugte Privatgefangennehmung, widerrechtlich bewirkten Arrest u. dgl. von seinem Eigenthume fern gehalten wird*); ferner weil der §. 1454 alle ohne ihr Verschulden Abwesende, ohne zwischen einer willkürlichen und unwillkürlichen schuldlosen Abwesenheit zu unterscheiden, als solche Personen bezeichnet, gegen welche die Ersitzung nur unter der Beschränkung des §. 1475 stattfinden kann. Wohl aber ist die schuldbare Abwesenheit von jeder Begünstigung ausgeschlossen; und sie wird als schuldbar angesehen werden müssen: a) wenn sie selbst eine Gesetzesübertretung enthält (z. B. bei der unbefugten Auswanderung, der Desertion, der Recrutirungsflucht); b) wenn sie in einer rechtswidrigen Handlung ihren Grund hat (wie in der Zahlungsflucht eines Cridatars, der Entfernung eines Verbrechers, um sich den Nachforschungen der Obrigkeit zu entziehen; c) wenn sie als gesetzliche Folge einer strafbaren Handlung eintritt (wie die Anhaltung in einem außer der Provinz befindlichen Kerker zur Abbüßung der Strafe wegen eines Verbrechens).

4) Der Umstand, ob der Abwesende einen Vertreter zurückgelassen oder nicht (vgl. §. 276) äußert hier, da das Gesetz gänzlich davon schweigt, keinen Einfluß.

5) Die Begünstigung des §. 1475 kommt übrigens nur bei der ordentlichen Ersitzung (und Verjährung) in Anwendung; die außerordentliche Ersitzungszeit ist ohnehin so weit ausgedehnt, daß es eines neuerlichen Schutzes im Falle der Abwesenheit nicht bedarf. Unter der ordentlichen Ersitzungszeit ist aber nach dem klaren Inhalte der §§. 1468 und 1470 (sowie des §. 1478 nicht blos die dreijährige, sondern auch die dreißigjährige zu verstehen (s. unten Z. 8).

6) Der Einfluß, den die Abwesenheit auf die Berechnung der ordentlichen Ersitzungs- (und Verjährungs-) Zeit übt, besteht nun darin, daß die Zeit der Abwesenheit nur zur Hälfte gerechnet, also der zur Ersitzung erforderliche Zeitraum ausgedehnt wird. Ist z. B. der Eigenthümer der zu ersitzenden Sache 2 Jahre abwesend gewesen, so ist, da diese Jahre nur zur Hälfte, also für 1 Jahr gerechnet werden, noch ein Zeitraum von 2 Jahren der Anwesenheit nothwendig, um die dreijährige Ersitzungszeit zu vollstrecken, es wird daher die Ersitzungszeit auf 4 Jahre (2 Jahre der Abwesenheit und 2 Jahre der Anwesenheit) ausgedehnt. Würde bei dieser Berechnung, weil die Zahl der Tage der Abwesenheit eine ungleiche ist, sich ein halber Tag der Abwesenheit ergeben, so kommt dieser letztere zu Gunsten des Abwesenden gar nicht in Anschlag, denn als halber Tag kann er nicht berücksichtigt werden,

*) Dolliner, a. a. O., S. 274.

weil die Ersitzungszeit (s. oben S. 710) nicht von Moment zu Moment, sondern nur nach ganzen Tagen berechnet wird; wollte man ihn aber als einen ganzen Tag der Zeit der Anwesenheit hinzufügen, so würde dem Abwesenden rücksichtlich dieses Tages die gesetzliche Begünstigung entzogen*).

7) Diese Vorschrift über die Berechnung der Jahre der Abwesenheit erleidet jedoch zwei Ausnahmen. Die erste besteht darin, daß kurze Zeiträume der Abwesenheit, die nicht ein volles Jahr ununterbrochen gedauert haben, nicht in Bedacht genommen werden, d. h. daß sie als Zeit der Anwesenheit in Rechnung gebracht werden, da sonst die Berechnung zu verwickelt würde, und eine Entfernung von so kurzer Dauer auch wirklich nicht leicht Jemanden an der Wahrnehmung seiner Rechte hindern kann**).

8) Die zweite Ausnahme bestimmt der §. 1475 mit den Worten: „und überhaupt [soll] die Zeit nie weiter als bis auf dreißig Jahre zusammen ausgedehnt werden." Die allerdings nicht glückliche Fassung dieser Vorschrift hat zu den verschiedensten Auslegungen Anlaß gegeben. Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 228) ist der Ansicht, daß die Abwesenheit nur bei der kürzeren Verjährungszeit von 3 Jahren eine Ausnahme macht; wenn aber Jemand eine Sache durch 30 Jahre, als den höchsten Zeitraum der Ersitzung, redlich besessen hat, so werde auf den Umstand, daß der Eigenthümer allenfalls den ganzen Zeitraum hindurch abwesend war, keine Rücksicht genommen. Dieser Meinung hat sich auch Scheidlein (a. a. O. S. 75) und Ellinger Handb. S. 550) angeschlossen. — Pachmann a. a. O. S. 123 bemerkt, daß bei der ordentlichen Ersitzungszeit die Periode schuldloser, wenn gleich willkürlicher Abwesenheit insoferne nur zur Hälfte gerechnet werde, als sie einerseits wenigstens ein Jahr lang, unbedeutende Zwischenräume abgerechnet, fortdauert, andererseits aber für sich allein, oder falls der Eigenthümer theils gegenwärtig, theils abwesend war, zusammen, d. i. mit Zuschlag der Anwesenheit, die Zahl von 30 Jahren nicht erreicht. — Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 67 und in dem Aufsatze über die Verjährung und Ersitzung gegen Abwesende im „Jurist" Bd. 5, S. 191) legt den §. 1475 gleichfalls dahin aus, daß die Zeit der Abwesenheit und der Anwesenheit zusammen nie mehr als 30 Jahre ausmachen dürfe. — Winiwarter (bgl. Recht, Bd. 5. S. 152) ist der Meinung, daß die Zeit der Abwesenheit nur so lange blos nach der Hälfte zu berechnen sei, bis die Dauer derselben 30 (einfache) Jahre ausmacht, die dann für 15 Jahre zu zählen seien. Bei den übrigen zur ordentlichen Ersitzungszeit von 30 Jahren noch erforderlichen 15 Jahren komme die Abwesenheit des Eigenthümers nicht mehr in Betrachtung; es sei gleichgiltig, ob derselbe während dieser Zeit gegenwärtig oder abwesend war; diese 15 Jahre werden jedenfalls als ganze gezählt, so daß die längste zur Ersitzung erforderliche Zeit wegen Abwesenheit 45 Jahre betragen könne. Es würde uns zu weit führen, die Begründung aller dieser Ansichten umständlich aus einanderzusetzen, wir verweisen dießfalls auf die Abhandlung Dolliner's: Prüfung der bisherigen drei Auslegungen eines

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 151.

**) S. Dolliner's Betrachtungen über einige bisher noch nicht angeregte Fragen, betreffend den Inhalt des §. 1475 des a. b. G. B. in der österr. Zeitschr. für Rechtsgel. 1839, I, S. 305.

streitigen Satzes im §. 1475 des b. G. B. über den Einfluß der Abwesenheit auf die ordentliche Ersitzung von 30 Jahren (öst. Zeitschr. f. Rechtsgl. 1838. II. S. 297), worin der Genannte mit gewohntem Scharfsinne die oben angeführten Auslegungen des §. 1475 kritisch beleuchtet, und als irrig darzustellen versucht. Er selbst hat sohin (ebd. S. 321) eine vierte Ansicht aufgestellt, welche noch die meisten Anhaltspunkte für sich zu haben scheint. Sie geht dahin, daß nach der Vorschrift des §. 1475 die nur zur Hälfte gerechnete Zeit der Abwesenheit nie weiter als auf 30, aus dieser Berechnung entstehenden Jahre, also 30 Doppeljahre zusammen (mithin auf 60 Jahre), ausgedehnt werden dürfe. Der Verfasser findet die Stütze dieser Ansicht in dem Rückblicke auf die oben angeführten Stellen des römischen Rechtes, dessen Anordnungen von der 10jährigen Ersitzung consequent auf die 30jährige übertragen werden, ferner in dem §. 615 des III. Theiles des galiz. G. B. — wiewohl sich nicht verkennen läßt, daß auch dieser schon nicht mit der erwünschten Deutlichkeit abgefaßt ist*) — und in der officiellen Uebersetzung des b. G. B. in das Italienische, in welcher die zweifelhafte Stelle also lautet: Tuttavia non si deve avere alcun riguardo all' assenza di breve tempo, che non ha durato per un anno intero e continuo, ed in generale il *tempo calcolato nel modo anzidetto* non può giammai estendersi a più di trent' anni tutt' insieme. Dieß wolle doch nur soviel bedeuten, daß die Zeit der Abwesenheit nie weiter nur zur Hälfte gerechnet werden dürfe, bis durch diese Berechnung so viele Jahre herauskommen, daß sie zusammen dreißig Jahre betragen, wodurch es offenbar wird, daß diese 30 Jahre nicht einfache, sondern Doppeljahre sind. Nach dieser Ansicht muß man also die Jahre der Abwesenheit, wie sie in jedem einzelnen, eben zur Entscheidung vorliegenden concreten Falle sich als wirklich vorhanden zeigen, nur zur Hälfte rechnen, dieselbe mit den Jahren der Anwesenheit in Eine Summe zusammenziehen, und wenn die so herausgebrachte Summe auf einfache Jahre reducirt, die 30, zur ordentlichen Ersitzung erforderlichen Jahre übersteigt, diese überflüssigen Jahre von jener Summe abschlagen, oder zur Vollendung der Ersitzung nicht mehr als nothwendig betrachten**).

§. 1476.

Auch derjenige, welcher eine bewegliche Sache unmitelbar von einem unechten, oder von einem unredlichen Besitzer an sich gebracht hat, oder seinen Vormann anzugeben nicht vermag, muß den Verlauf der sonst ordentlichen Ersitzungszeit doppelt abwarten.

---

*) Er lautet: „Der Aufenthalt des Eigenthümers außer der Provinz, in welcher sich die Sache befindet, steht der ordentlichen Ersitzung in so weit entgegen, daß die Zeit einer willkürlichen und schuldlosen Abwesenheit nur zur Hälfte, folglich ein Jahr nur für sechs Monate gerechnet wird. Doch soll die Zeit nie weiter, als bis auf dreißig Jahre zusammen verdoppelt werden."

**) Dolliner, a. a. O., S. 342.

1) Der letzte Fall der außerordentlichen Ersitzung tritt dann ein, wenn sich ein Mangel in der Person des Vormannes offenbart, wenn also dieser entweder gar nicht angegeben werden kann, oder sich als ein unechter oder unredlicher Besitzer darstellt. Unter der ersterwähnten Voraussetzung wird gegen den Ersitzenden selbst der Verdacht rege, daß es ihm am guten Glauben oder an einem rechtmäßigen Titel mangle; der letzterwähnte Fall erheischt aber eine besondere Vorsicht, weil der unechte oder unredliche Besitzer meistentheils das Factum seiner Besitzergreifung zu verheimlichen, und die in Besitz genommene Sache, um unentdeckt zu bleiben, an einen Andern zu veräußern sucht, so daß es dem Eigenthümer oft sehr schwer wird, in kürzerer Zeit seine Rechte wahrzunehmen.

2) Die Vorschrift des §. 1476 bezieht sich bloß auf bewegliche Sachen, daher die Ersitzungszeit dadurch von 3 Jahren auf 6 Jahre ausgedehnt wird. Sollte übrigens derjenige, der die Sache unmittelbar von einem unechten oder unredlichen Besitzer an sich brachte, dieselbe wieder weiter veräußern, so würde eine proportionale Berechnung der Ersitzungszeit Platz zu greifen haben, ähnlich jener, welche (oben S. 721) für den Fall, da ein Uebergang von einer nicht begünstigten Person auf eine begünstigte Statt gefunden hat, befürwortet wurde.

§. 1477.

Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von dreißig oder vierzig Jahren stützt, bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels. Die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließt aber auch in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung aus.

1) Nach der Vorschrift des §. 323 hat der Besitzer die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich, und kann zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden. Dennoch kann auch der Ersitzende in die Lage kommen, den Titel seines Besitzes nachweisen zu müssen, wie wenn er auf Grundlage des §. 1498 gegen den bisherigen Eigenthümer bei dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthumes ansucht, oder wenn er die nach vollendeter Ersitzungszeit ihm abhanden gekommene Sache mit der Eigenthumsklage (§. 369) oder mit der Klage aus dem vermutheten Eigenthume (§. 372) zurückerlangen will. Für solche Fälle entbindet ihn nun der §. 1477 bei der 30- oder 40jährigen Ersitzung von der Nothwendigkeit des Erweises (der Angabe) eines rechtmäßigen Titels.

2) Eine andere Frage aber ist es, ob der Gegner zum Beweise, daß es dem Ersitzenden an einem rechtmäßigen Titel fehlte, zuzulassen sei, mit anderen Worten, ob bei der 30- oder 40jährigen Ersitzung nicht bloß die Angabe, sondern auch wirklich die Existenz eines rechtmäßigen Titels als unwesentlich entfalle? Uns scheint diese Frage allerdings bejaht werden zu müssen. Schon nach römischem Recht*) erfordert die außer-

---

*) Quodsi quis eam rem desierit possidere, cujus dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione 30 vel 40 annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari

ordentliche (30- oder 40jährige) Ersitzung nur bona fides ohne justus titulus, also die bloße Meinung, Eigenthümer zu sein, ohne daß auf ihre Entstehung und Begründung etwas ankömmt*). Diese Ansicht ging später in das canonische Recht über**), und liegt wahrscheinlich auch unserem a. b. G. B. zum Grunde***), wenigstens ist dieß die Meinung Zeiller's (Comment., Bd. 9, S. 230), Nippel's (Erläut., Bd. 4, S. 70), Pachmann's (a. a. O., S. 90) und Wildner's (Ueber die Unrechtmäßigkeit des Besitzes im Falle der Ersitzung von 30 oder 40 Jahren im Jurist, Bd. 1, S. 79); während Scheidlein (a. a. O., S. 83) und Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 166) der entgegengesetzten Ansicht huldigen. Für die ersterwähnte Auslegung, welcher auch wir beipflichten, dürften sich folgende Gründe geltend machen lassen: a) Der Schlußsatz des §. 1477 deutet durch das Wörtchen „aber" offenbar einen Gegensatz an; wenn er nun aussagt, daß die gegen den Ersitzenden erwiesene Unredlichkeit des Besitzes auch in dem längeren Zeitraume von 30 und 40 Jahren die Ersitzung ausschließt, so kann der Gegensatz nur darin bestehen, daß der erwiesene Mangel der Rechtmäßigkeit des Besitzes diese Ausschließung nicht bewirke. Damit stimmt auch §. 1493 überein, welcher ausdrücklich bestimmt, daß bei der Ersitzung von 30 oder 40 Jahren die Einrechnung der Ersitzungszeit des Vormannes „auch ohne rechtmäßigen Titel" stattfinde. — b) Dem steht nicht entgegen, daß §. 1460 die Rechtmäßigkeit des Besitzes als ein allgemeines Erforderniß der Ersitzung hinstellt. Dieser Paragraph enthält eben die Regel, von welcher nach §. 1477 bei der 30- oder 40jährigen Ersitzung eine Ausnahme Platz greift.

3) Nur in den Fällen des §. 1462 findet wieder eine Unter-Ausnahme von der Ausnahme, also eine Rückkehr zur Regel des §. 1460 statt †).

§. 1478.

Verjährungszeit; ordentliche.

In so fern jede Ersitzung eine Verjährung in sich begreift, werden beide mit den vorgeschriebenen Erfordernissen in Einem Zeitraume vollendet. Zur eigentlichen Verjährung aber ist der bloße Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgübt werden können, durch dreißig Jahre hinlänglich.

1) Der Begriff der eigentlichen (aufhebenden Extinctiv-) Verjährung ist bereits oben (S. 694) entwickelt worden. Sie besteht in der

---

censemus, ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam rem adeptus est, indignus ea videatur etc. const. 8. §. 1. Cod. de praescr. 30 ann. (7, 39).

*) Puchta, a. a. O., §. 159.

**) Qui enim bona fide et justo titulo rem praesentis per decennium.. tenuerit, perpetua exceptione tutus erit, . . . si autem nullo titulo, bona tamen fide per tricennium res alicujus possederit, simili gaudebit praesidio. c. 15. caus. 15. qu. 4.

***) Vgl. Unger: Der Entw. eines b. G. B. für das Königreich Sachsen, S. 121.

†) Pachmann, a. a. O., S. 92.

Nichtausübung eines Rechtes, das an sich hätte ausgeübt werden können, durch die vom Gesetze bestimmte Zeit. Von einem Besitze desjenigen, der durch die Verjährung von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, ist nicht die Rede; die Bestimmungen, welche das Gesetz über die Rechtmäßigkeit, Redlichkeit und Echtheit des Besitzes bei der Ersitzung getroffen hat, leiden daher auf die Verjährung im engeren Sinne keine Anwendung, und dieß selbst dort nicht, wo zur Begründung einer kürzeren Verjährungsfrist eine gewisse Handlung des Verpflichteten (z. B. die Widersetzlichkeit im Falle des §. 1488) vorausgesetzt wird. Wohl ließe sich auch hier unterscheiden, ob der Verpflichtete sich im guten oder bösen Glauben befunden, ob er von der Existenz seiner Verbindlichkeit Kenntniß gehabt habe oder nicht, allein das Gesetz legt das Wesen der Verjährung nicht in eine Handlung oder Unterlassung des Verpflichteten, sondern lediglich in die Nichtausübung des Rechtes von Seite des Berechtigten, in das von dem Letzteren beobachtete „Stillschweigen" (§. 1479), ohne irgend eine weitere Unterscheidung eintreten zu lassen.

2) Die Wirkung der Verjährung ist der Verlust des Rechtes mit allen seinen Accessorien, wie aus der bestimmten Anordnung der §§. 1449, 1451, 1479, 1480, 1483 und 1486 hervorgehen dürfte. Da die Form der Geltendmachung eines Rechtes in der Regel die Klage ist, so muß begreiflicher Weise mit dem Rechte auch die Klage erlöschen, und deßhalb erwähnen auch einige Stellen des b. G. B. (§§. 1489, 1490) bloß der Klage; allein daraus kann noch keineswegs gefolgert werden, daß die Wirkung der Verjährung bloß in dem Verluste des Klagerechts bestehe, daß also die Verjährung lediglich eine Klageverjährung sei*), vielmehr kann das durch Verjährung erloschene Recht auch nicht mehr als Einwendung geltend gemacht werden**).

3) Die Bedingung der Verjährung ist der Nichtgebrauch (die Nichtausübung) eines Rechts, das an sich schon hätte ausgeübt werden können; ein Weiteres, z. B. eine Rechtsverletzung von Seiten des Verpflichteten, ist nicht erforderlich. Da etwas, was noch nicht besteht, auch nicht untergehen kann, so muß, damit die Verjährung beginnen könne, die Ausübung des in Frage stehenden Rechts bereits möglich gewesen sein. Deßhalb kann die Verjährung von Rechten, die an eine aufschiebende Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft sind, erst mit dem Eintritte derselben ihren Anfang nehmen***), und dieß selbst dann, wenn die Erfüllung der Bedingung lediglich von der Willkür des Berechtigten abhängt. Selbst das Dasein des Rechts ist aber noch nicht hinreichend, um den Lauf der Verjährung zu begründen, sondern es muß, wie schon mehrmals bemerkt

---

*) Pachmann, a. a. O., S. 62.

**) In wie fern die Zahlung einer verjährten Schuld eine Rückforderung des Gezahlten begründe oder nicht, ist oben (S. 668 d. W.) erörtert worden.

***) Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel post constitutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones 30 vel 40 annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium capiunt. const. 7. §. 4. Cod. de praesc. 30 ann. (7, 39).

†) Pachmann, a. a. O., S. 75.

wurde, auch die Möglichkeit vorhanden gewesen sein, es auszuüben; doch kömmt hier nur die objective, nicht die subjective Möglichkeit in Betrachtung, wie aus den Wörtchen „an sich“ zu erhellen scheint. Liegt daher der Grund der Unmöglichkeit der Ausübung nur in der Person des Berechtigten (z. B. in seiner Unkenntniß des ihm zustehenden Rechtes), so wird dadurch die Verjährung im Allgemeinen nicht ausgeschlossen, was um so sicherer daraus hervorgeht, daß das Gesetz in einigen, besonders normirten Fällen (z. B. des §. 1496) eine Hemmung der Verjährung eintreten läßt. — Wann übrigens die objective Möglichkeit vorhanden sei, ein Recht auszuüben, muß je aus der Beschaffenheit desselben beurtheilt werden. So ist bei Dienstbarkeiten dazu nothwendig, daß die dienstbare Sache sich in einem Zustande befinde, welcher die Ausübung der Servitut ermöglichet, sobald nur der Wille des Berechtigten hinzutritt; wird also z. B. das Grundstück, auf welches Jemandem das Recht des Fußsteges eingeräumt wird, von Wasser überschwemmt, so kann, so lange diese Ueberschwemmung dauert, die Verjährung der Dienstbarkeit nicht zu laufen anfangen*). Bei persönlichen Sachenrechten wird die Fälligkeit der Forderung nothwendig sein, die nach den oben (S. 650 d. W.) aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen kömmt**).

4) Es ist bereits oben (S. 697 d. W.) erörtert worden, gegen wen die Verjährung stattfinden (wer als Subject der Verjährung erscheinen) könne; welche Beschränkungen dießfalls eintreten, wird bei der Erläuterung der §§. 1494—1496 näher besprochen werden.

5) Es frägt sich nun aber noch weiter, welche Rechte ein Gegenstand (Object) der Verjährung sein können? Der §. 1479 beantwortet diese Frage dahin, daß alle Rechte gegen einen Dritten der Verjährung unterliegen. Da jedes Recht (im eigentlichen Sinne) sich auf eine von dem Berechtigten verschiedene Person (den Dritten, oder richtiger einen Andern, sei dieß nun, wie bei den persönlichen Sachenrechten, eine bestimmte Person oder überhaupt jeder Andere außer dem Berechtigten (bei dem dinglichen Sachenrechte) bezieht, so wollte durch jenen Beisatz „gegen einen Dritten“ wohl nur auf die s. g. actus merae facultatis hingedeutet werden, die nur im weiteren Sinne den Namen der Rechte verdienen***), und besser als Handlungen der freien Willkür bezeichnet werden. In Ansehung der Verjährbarkeit der Rechte macht es überhaupt keinen Unterschied, ob dieselben den öffentlichen Büchern einverleibt sind, oder nicht (§. 1479), denn die Eintragung in diese Bücher ist nur ein Mittel, ihre Ausübung zu

---

*) Vgl. Pachmann, a. a. O., S. 29.

**) Wir pflichten demnach der Ansicht Winiwarter's bei, welcher (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 205) behauptet, daß die Verjährung eines Darlehens, welches auf unbestimmte Zeit, oder bloß mit dem Vorbehalte einer gewissen Aufkündigungszeit gegeben wurde, von dem Zeitpunkte des gegebenen Darlehens zu laufen anfange, da das Recht, ein ohne Bestimmung einer Zeit gegebenes Darlehen zurück zu fordern, oder die Aufkündigung vorzunehmen, an sich schon ausgeübt werden kann, sobald das Darlehen gegeben ist. — Vgl. auch Savigny, a. a. O., Bd. 5, S. 281 und f. dagegen die Ausführung von Turnes, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung (im Juristen, Bd. 7, S. 444).

***) S. Unger, a. a. O., Bd. 1, S. 496.

sichern, nicht die Ausübung selbst, daß aber durch diese Bestimmung der Tabularcredit nicht leide, dafür ist durch die Anordnung des §. 1500 Fürsorge getroffen.

6) Von der Regel der allgemeinen Verjährbarkeit der Rechte gibt es aber mehrere wichtige Ausnahmen: a) Unverjährbar sind zuvörderst nach §. 1456 die wesentlichen Hoheitsrechte, die dem Staatsoberhaupte als solchem zukommmen, wovon bereits oben S. 699 die Rede war*). — b) Die in dem Familien- und überhaupt im Personenrechte gegründeten Befugnisse (§. 1481). — c) Die Rechte des Menschen über seine Handlungen und sein Eigenthum (§. 1481). — d) Das Eigenthumsrecht; doch kann dasselbe in so fern verloren gehen, als es von einem Andern ersessen wird**). — e) Das Pfandrecht, so lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat. (§. 1483). — f) Das Erbrecht***).

7) Dagegen sind als der Verjährung unterworfen anzusehen: a) Die Dienstbarkeiten (vgl. insbesondere §. 1488); b) die dinglichen Forderungsrechte; c) die persönlichen Sachenrechte; d) endlich das Klagerecht, oder besser gesagt die Klagen, worunter bei der Allgemeinheit der im §. 1479 gebrauchten Ausdrücke auch die Eigenthumsklage (§. 368), die Pfandklage und die Erbschaftsklage (§. 823) gezählt werden dürften †).

§. 1479.

Alle Rechte gegen einen Dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht, erlöschen also in der Regel längstens durch den dreißigjährigen Nichtgebrauch, oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen.

1) So wie zur Ersitzung ist auch zur Verjährung im engeren Sinne der Verlauf eines gewissen Zeitraumes erforderlich. Hierbei kömmt zu unterscheiden, ob die Verjährung mit einer vor sich gehenden Ersitzung zusammenfällt, oder ob sie ohne eine solche Platz greift (s. oben S. 694). Im ersten Falle wird die Verjährung mit der Ersitzung in Einem Zeitraume vollendet (§. 1478) und es gelten daher in dieser Hinsicht die schon oben gemachten Erörterungen. Im zweiten Falle ist die Verjährungszeit entweder eine ordentliche oder eine außerordentliche, und letztere wieder eine längere (§. 1485) oder eine kürzere (§§. 1480, dann 1487—1492).

2) Hinsichtlich der Berechnung der Verjährungszeit gelten die oben (S. 710 d. W.) gemachten Bemerkungen. Der Tag, an welchem die Nichtausübung eines Rechts, das an sich hätte ausgeübt werden können, begonnen hat, wird demnach ganz in die Verjährungsfrist einzurechnen sein,

---

*) Die Verjährung der Strafen ist in den Strafgesetzen (dem allg. Strafgesetzbuche, dem Wuchergesetze, dem Strafgesetzbuche über Gefällsübertretungen u. s. w.) normirt.

**) Jede Ersitzung begreift eine Verjährung in sich (§. 1478). — Vgl. Winiwarter bürgl. Recht, Bd. 5, S. 160; Nippel, Erläut., Bd. 9, S. 76; — Pachmann a. a. O., S. 122.

***) Unger, a. a. O., Bd. 2, I, S. 275.

†) Unger, a. a. O., Bd. 2, I, S. 275.

wenn auch die objective Möglichkeit der Ausübung erst im letzten Momente desselben eingetreten wäre; es muß aber auch der letzte Tag der gesetzlich bestimmten Verjährungsfrist völlig abgelaufen sein, damit die Verjährung selbst als vollendet angesehen werden könne.

3) Die ordentliche Verjährungszeit ist in den §§. 1478 und 1479 auf dreißig Jahre festgesetzt, die außerordentliche längere Verjährungsfrist beträgt 40 Jahre (§. 1485), die außerordentliche kürzere bald 3 Jahre (§§. 1480, 1487, 1488 und 1489), bald 1 Jahr (§. 1490; vgl. auch §§. 1486 und 1491). Welchen Einfluß eine willkürliche schuldlose Abwesenheit auf die Berechnung der Verjährungsfrist übe, ist nach den Grundsätzen zu beurtheilen, die bei der Erläuterung des §. 1475 aufgestellt worden sind; bei Rechten endlich, welche selten ausgeübt werden, kann auch die Verjährungs- sowie die Ersitzungszeit (nach §. 1484) noch über 30 Jahre ausgedehnt werden.

§. 1480.

Forderungen von rückständigen jährlichen Abgaben, Zinsen, Renten oder Dienstleistungen erlöschen in drei Jahren; das Recht selbst wird durch einen Nichtgebrauch von dreißig Jahren verjährt.

1) Einer außerordentlichen kürzeren Verjährungsfrist von 3 Jahren hat das Gesetz die Forderung gewisser rückständiger Leistungen unterworfen, um leichtsinnige Schuldner vom Verfalle oder gänzlichen Untergange zu retten, indem sie derlei, immer mehr anschwellende Rückstände, die sie durch kluge Einschränkung ihres Hauswesens jährlich zu entrichten vermögend gewesen wären, am Ende nicht anders als mittelst Losschlagung ihres ganzen Stammvermögens und ihrer Habseligkeiten zu tilgen im Stande sind, und die scheinbare Nachsicht des Gläubigers oft ein wucherischer Kunstgriff ist, um sich auf solche Art mittelst der Execution der Realitäten des Schuldners, seines Gewerbes u. dgl. zu bemächtigen *).

2) Als charakteristische Merkmale der hier in Frage stehenden Forderungen müssen hervorgehoben werden: a) daß sie auf einem fortwährend wirksamen Titel beruhen, so daß durch die einzelne Entrichtung zwar eben die einzelne Terminsschuld getilgt, an dem Rechte, solche Leistungen neuerdings zu fordern, jedoch nichts geändert wird. — b) Diese Leistungen müssen ferner als ein selbstständiges Ganzes, nicht als Theile eines Ganzen erscheinen, hätte daher Jemand versprochen ein Darlehen pr. 1000 fl. in 10 Jahresraten zu 100 fl. zurückzuzahlen, so würden diese Ratenzahlungen nicht unter die Vorschrift des §. 1480 fallen. — c) Endlich müssen die in Frage stehenden Leistungen jährlich, oder wenigstens in bestimmten Fristen (z. B. halbjährig) wiederkehren. Deßhalb würde z. B. der nur für einen Jahrmarkt, oder für eine Krönungsfeierlichkeit bedungene Miethzins, oder die Jemandem ein für alle Male zugesicherte

*) Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 236.

Unterstützung *) der Verjährung des §. 1480 nicht unterliegen, während es im entgegengesetzten Falle nichts verschlägt, wenn die auf einem fortwirkenden Titel beruhende Leistung auch nur einmal fällig wurde, wofern sie nur öfter hätte gefordert werden können, wenn das bezügliche Verhältniß fortgedauert hätte.

3) Das Gesetz führt im §. 1480 insbesondere auf: a) jährliche Abgaben. Hierunter sind nach §. 818 und 1280 die dem Staate zu entrichtenden Gebühren begriffen. Diese können aber hier nicht gemeint sein, da der Schlußsatz des §. 1480 das Recht, solche Abgaben zu fordern, als einen Gegenstand der 30jährigen Verjährung bezeichnet, während das Recht, Steuern auszuschreiben, nach §. 1456 keiner Verjährung unterliegt. Auch werden im §. 1144 die Steuern den Abgaben coordinirt. Es dürften daher unter diesem Ausdrucke jene Leistungen zu verstehen sein, welche aus einem Privatrechtstitel zu entrichten kommen, wie der Erbpacht, der Erbzins und der Bodenzins, die in den §§. 1122, 1123 und 1125 selbst mit dem Namen Abgaben belegt worden **); ferner die Leistungen zu Gemeinde-, Schul- und Kirchenzwecken. b) Zinsen. Unter diesem Ausdrucke, der in unseren b. G. B. nicht mit der gehörigen Schärfe von dem Ausdrucke „Zinse" unterschieden wird, sind überhaupt jene Leistungen in Geld oder Naturalien zu verstehen, welche für die überlassene Benützung einer unverbrauchbaren Sache (z. B. einer Wohnung, eines Grundstückes, also Miethzinse, Pachtzinse), oder des Werthes einer verbrauchbaren Sache (z. B. eines Capitals, also Capitalszinsen) entrichtet werden. In dieser Beziehung war zuvörderst die Frage entstanden, ob unter dem Worte: Zinsen, im §. 1480 auch die Capitalszinsen oder Interessen zu verstehen seien, und wie sich dann dieser Paragraph mit dem §. 1335 des bürgl. G. B. vereinigen lasse? Darüber ertheilte das Hofd. v. 21. Novbr. 1812, Nr. 1016 der J. G. S. (Nr. 80 des Anh. zum a. b. G. B. f. Ungarn u. s. w. und Nr. 77 des Anh. zum a. b. G. B. f. Siebenbürgen) folgende Erläuterung: „In dem §. 1480 seien unter dem Ausdrucke: Zinsen, allerdings auch die Capitalszinsen zu verstehen; daher werde die Forderung von rückständigen Capitalszinsen in der Regel binnen drei Jahren verjährt. Obschon aber die Forderungen von rückständigen Capitalszinsen in der Regel nach dem §. 1480 binnen drei Jahren verjährt werden, so kann doch eine Forderung von rückständigen Capitalszinsen bis zur Capitalssumme, wovon der §. 1335, handelt nicht nur in den Fällen, wo nach den §§. 1494 und 1496 die Verjährung überhaupt gehemmt wird, sondern auch in dem Falle sich vermehren, wenn der Gläubiger die Zinsen wenigstens von drei zu drei Jahren außergerichtlich eingemahnet, und der Schuldner durch Entschuldigung, durch Bitten um Zuwartung oder Verlängerung seiner Schuld u. dgl., das Recht des Gläubigers, die Zinsen zu fordern, ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, indem auf solche Art nach dem §. 1497 die Verjährung der rückständigen Zinsen unterbrochen wird, folglich die rückständigen Zinsen bis zum

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 227.

**) Das im §. 1142 aufgeführte Laudemium kömmt hier nicht in Betrachtung, weil es keine in regelmäßigen Zeitabschnitten wiederkehrende Abgabe ist.

Capitalsbetrage fortlaufen können." Dagegen wurde aus besonderer Rücksicht für die Staatsgläubiger durch Hfkmd. v. 25. März 1812, Nr. 982 d. J. G. S. (Nr. 81 des Anh. z. a. b. G. B. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 78 des Anh. zum a. b. G. B. für Siebenbürgen) angeordnet: daß auf die Interessen öffentlicher Schuldverschreibungen der §. 1480 keine Anwendung haben solle; sondern daß in Hinsicht der Interessen von verzinslichen Staatspapieren, so wie in Hinsicht des Stammcapitals selbst erst nach Verstreichung eines Zeitraumes von dreißig Jahren die Verjährung einzutreten habe. Diese Vorschrift wurde später durch Hofkzd. v. 30. April 1815, Nr. 1149 der J. G. S. (Nr. 82 des Anh. z. a. b. G. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 79 d. Anh. z. a. b. G. B. f. Siebenbürgen) dahin erläutert, daß dadurch nur in Hinsicht der einzelnen verfallenen Interessen-Raten zu Gunsten der Staatsgläubiger die in dem §. 1480 des b. G. B. festgesetzte dreijährige Verjährungsfrist auf den Zeitraum von dreißig Jahren, seit der Wirksamkeit des neuen Gesetzbuches gerechnet, erweitert worden, daß aber alle übrigen Rechtsverhältnisse der Staatsgläubiger nach den bestehenden Gesetzen zu beurtheilen seien. Das Hofd. v. 20. August 1817, Nr. 1364 der J. G. S. (Nr. 83 des Anh. zum a. b. G. B. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 80 des Anh. z. a. b. G. B. für Siebenbürgen) erklärte ferner, daß nur die einzelnen verfallenen Interessenraten, jede für sich berechnet, in dreißig Jahren verjährt werden könnten; woraus dann folgt, daß das Recht, neue Zinsen zu verlangen, immer offen bleibe, auch dann, wenn die Rückstände nach dem §. 1335 des b. G. B., der allerdings in Hinsicht des Totalbetrages rückständiger Zinsen auch bei Staatsgläubigern anwendbar ist, die Höhe des Capitals bereits erreicht hätten. — Ebenso bestimmt der §. 18 des Sparcasse-Regulativs v. 26. September 1844, Nr. 832 der J. G. S., daß der §. 1480 auf die Interessen von Sparcasse-Einlagen keine Anwendung habe, daß jedoch in Bezug auf die Verjährung von Sparcasse-Einlagen selbst die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen stattfinden, und die 40jährige Verjährungsfrist, je vom Zeitpunkte der letzten Einlage zu rechnen sei, durch jede neue Einlage aber unterbrochen werde. — Endlich unterliegen auch die einzelnen Zinsraten der galizischen ständischen Creditanstalt nach §. 11 der Statut. v. 3. Novbr. 1841 (Nr. 569 der J. G. S.) nur der Verjährung von 30 Jahren. — Zu den Capitalszinsen sind übrigens zu Folge ausdrücklicher Erklärung des Hofkzld. v. 1. Sept. 1836, Nr. 151 der J. G. S. (Nr. 84 des Anh. z. a. b. G. B. f. Ungarn u. s. w. u. Nr. 81 des Anh. z. a. b. G. B. f. Siebenbürgen) auch die Verzugszinsen zu rechnen. Wären dagegen nach der Weisung des §. 998 ältere Zinsrückstände mittelst Uebereinkommens als ein neues Capital verschrieben worden, so ist eine Novation eingetreten, und es findet auf dieselben nur die 30- oder 40jährige Verjährung Anwendung. — Durch das oberwähnte Hofd. v. 1. Septbr. 1836 wurde auch die vielbestrittene Frage, ob die im §. 1480 festgesetzte Verjährungsfrist auf Pachtzinse (wohl auch Miethzinse) anwendbar sei, bejahend beantwortet. c) Renten, d. i. jene Beträge, die entweder auf die Lebenszeit einer bestimmten Person (Leibrenten §. 1284) oder für immerwährende Zeiten (beständige jährliche Renten (nach §. 530) für die Ueberlassung einer bestimmten Summe Geldes, oder einer für Geld geschätzten Sache Jeman-

dem entrichtet werden (vgl. oben S. 664 d. W.). d) Dienstleistungen, d. i. jene Verrichtungen, zu denen ein Private gegen einen Andern aus einem fortwährend wirksamen Titel verpflichtet ist, wie dieß z. B. bei der Zugestehung eines Ausgedinges vorzukommen pflegt*). Dagegen findet nach dem Hofd. v. 10. April 1839, Nr. 355 der J. G. S. (Nr. 85 des Anh. z. a. b. G. B. für Ungarn u. s. w. und Nr. 82 des Anh. z. a. b. G. B. f. Siebenbürgen) die im §. 1480 des b. G. festgesetzte dreijährige Verjährung auf den Lohn des Dienstgesindes keine Anwendung**). e) Mit dieser Aufzählung dürften jedoch nicht alle der kürzeren Verjährungsfrist des §. 1480 unterworfenen Leistungen erschöpft sein, sondern es kommen auch andere Bezüge hierher zu rechnen, wenn die unter der Z. 2 aufgeführten charakteristischen Merkmale bei denselben zusammentreffen, also z. B. gestiftete, in bestimmten widerkehrenden Fristen zu persolvirende Messen***), legirte Alimentationsbeträge †), vermachte jährliche lebenslängliche Leistungen ††), ja selbst die einzelnen Unterhaltsraten, welche ein uneheliches Kind von seinem Vater zu fordern hat †††).

4) Die Verjährung der unter die Vorschrift des §. 1480 fallenden Leistungen beginnt erst, wenn sie rückständig geworden sind, d. h. wenn die Verfallzeit derselben eingetreten ist, ohne daß sie berichtiget wurden, mag die Verfallzeit durch Vertrag oder letztwillige Anordnung, durch richterlichen Ausspruch oder durch das Gesetz bestimmt sein, und mag die Zahlung in vorhinein oder decursive Platz zu greifen haben (s. ob. S. 203 d. W.) *†). Um nun die aus der Kürze der gesetzmäßigen Verjährungsfrist für das Aerarium zu besorgenden Nachtheile, insbesondere bei jährlichen Abgaben, Renten oder Zinsen, welche nach dem §. 1480 des b. G. B. nach dem Verlaufe von drei Jahren verjährt sind, möglichst zu beseitigen, wurden die den Länderstellen unterstehenden Cassen und Aemter durch das Hfkmdt. v. 21. Septbr. 1826 (pol. G. S. Bd. 54. S. 100) verpflichtet, die dahin abzuführenden jährlichen Geldausgaben oder Leistungen in gehöriger Evidenz zu halten, und nach fruchtloser Verstreichung der zu ihrer Abtragung bestimmten Frist innerhalb eines kurzen Termines die Anzeige der betreffenden Ausstände an die Landesstelle zu erstatten, damit durch das Fiscalamt

*) Vor Aufhebung des Unterthansverbandes waren hierunter insbesondere auch die Roboten oder Frohndienste begriffen.

**) Doch wurde die Bestimmung getroffen, daß von dem Tage der Kundmachung dieser Verordnung angefangen, die gesetzliche Vermuthung der erfolgten Zahlung zu gelten habe, wenn nach der Verfallszeit des dem Dienstgesinde schuldigen Lohnes ein Zeitraum von drei Jahren verflossen ist, und der Gläubiger im gehörigen Wege zu beweisen nicht vermag, daß die Zahlung nicht erfolgt sei. Diese Vorschrift gilt auch für den früher verfallenen Lohn, wenn ein Zeitraum von drei Jahren nach der Kundmachung verflossen ist.

***) Entscheidung des oberst. Ger. Hofes, v. 25. Septb. 1852, Z. 8877 (allg. österr. Ger. Ztg. 1856, Nr. 132).

†) Entscheidung v. 20. December 1851, Z. 11061 (ebd. 1856, Nr. 142).

††) Entscheidung v. 23. December 1852, Z. 12805 (ebd. 1853, Nr. 63).

†††) Entscheidung v. 12. August 1853, Z. 8041 (ebd. 1853, Nr. 125).

*†) S. Tausch's Rechtsfälle 1832, S. 59 und 518, und Alois Fischer, Rechtsfall im Auszuge und mit Bemerkungen, mitgetheilt in der österr. Zeitschr. f. Rechtsgel., 1840, II, S. 381.

(Finanzprocurator) die weitere Amtshandlung wider den saumseligen Schuldner eingeleitet, und entweder eine ordentliche Klage wider denselben gestellt, oder die ausdrückliche Anerkennung seiner Schuld im außergerichtlichen Wege zur Unterbrechung der Verjährung bewirkt werde. Für den Fall einer anders gearteten Beschädigung des Aerariums ist dafür Sorge zu tragen, daß durch die möglichste Beschleunigung der Verhandlung die im §. 1489 bestimmte dreijährige Frist nicht versäumt werde *).

5) Eine in der Theorie sowohl als in der Praxis in hohem Grade streitige Frage ist es, ob auch die durch Urtheil zuerkannten Zinsen der Verjährung nach §. 1480 in 3 Jahren unterliegen? Unseres Erachtens hat die Unbestimmtheit in der Fassung dieser Frage wesentlich zur Verwirrung der über die Beantwortung derselben herrschenden Ansicht beigetragen. Es muß also zuvörderst unterschieden werden, ob Jemandem durch Urtheil das Recht zuerkannt wurde, künftig Zinsen zu beziehen, oder ob bereits rückständige Zinsen durch richterlichen Ausspruch für liquid erkannt wurden **). Wird das Erstere vorausgesetzt, handelt es sich also um Zinsen, die erst nach dem richterlichen Erkenntnisse verfallen, so findet der §. 1480 auf dieselben allerdings Anwendung, denn der Titel, aus welchem die Zinsen gebühren, macht dießfalls keinen Unterschied***). Hinsichtlich der zur Zeit der Fällung des Urtheiles bereits rückständigen, und in demselben nur für liquid erkannten Zinsen †) glauben wir aber, daß in dem richterlichen Ausspruche eine Novation liege (s. oben S. 611, Z. 4. d. W.). Der Gläubiger hat keine Zinsen mehr zu fordern, sondern einen durch Urtheil zuerkannten Betrag, der immerhin aus Zinsrückständen hervorgegangen sein mag, nunmehr aber sich auf den richterlichen Ausspruch als Titel gründet; und dieser Betrag fällt, da das a. b. G. B. keine besondere Verfügung darüber getroffen hat, unter die Regel des §. 1479. Hierzu kommt noch in Erwägung zu ziehen, daß die Verjährung nach §. 1497 durch eine ordentlich fortgesetzte Klage unterbrochen wird. Die bis zur Anstellung der Klage (vorausgesetzt, daß diese durch einen rechtskräftigen Spruch für statthaft erkannt wird) abgelaufene Verjährung wird also in ihren Wirkungen gänzlich vernichtet. Das zuerkannte Recht kann allerdings von Neuem der Verjährung unterworfen werden, allein diese Verjährung ist als eine ganz selbstständige, mit der früheren in keinem Zusammenhange stehende zu betrachten, und muß bezüglich ihrer

---

*) Diese Verordnung wurde mit Hofkanzleidecret vom 28. October 1826 (Goutta'sche G. S., Bd. 52) auch auf die politischen Fonde und die städtischen Verwaltungen ausgedehnt, und beigefügt: daß jeder einzelne Fall, wo wegen Eintrittes der Verjährung den politischen Fonden (oder den städtischen Renten) ein Nachtheil erwachsen sollte, zur Kenntniß der Hofkanzlei mit dem Gutachten zu bringen sei: ob einem und welchem Beamten die Ursache eines solchen Nachtheiles zugerechnet und der Schadenersatz von demselben hereingebracht werden könne.

**) Daß in einem und dem nämlichen Urtheile über beide Punkte zugleich entschieden sein kann, unterliegt keinem Zweifel, doch hindert dieß nicht, dieselben völlig auseinander zu halten.

***) In diesem Sinne haben wir oben S. 564 d. W. gesagt, daß die Vorschrift des §. 1335 auch für durch Urtheil zuerkannte Zinsen gelte, da hiedurch die Natur derselben nicht geändert ward.

†) S. oben S. 203, Z. 5 d. W.

Dauer nach denjenigen Grundsätzen beurtheilt werden, welche die Beschaffenheit des novirten Rechtes an die Hand gibt*).

6) Verschieden von dem Anspruche auf die Rückstände der im §. 1480 aufgeführten Leistungen ist das Recht selbst, derlei Abgaben, Zinsen, Renten u. s. w. zu fordern. Dieses Recht muß nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit beurtheilt werden, und wird daher in der Regel der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren (oder bei begünstigten Personen von 40 Jahren nach §. 1485) unterliegen. Ist diese eingetreten, so können auch für die Zukunft keine solchen Leistungen mehr gefordert werden**); doch steht nichts im Wege, die bis zum Zeitpuncte des Erlöschens fällig gewordenen Bezüge in Anspruch zu nehmen, so lange sie noch nicht verjährt sind; wäre also z. B. das Bezugsrecht mit letztem December 1857 erloschen, so könnten doch die Zinsen aus den Jahren 1857, 1856 und 1855 noch gefordert werden, wenn seit dem Zeitpuncte, da sie rückständig geworden, noch nicht 3 Jahre verstrichen sind***).

---

*) Wir dürfen unsern Lesern nicht verhehlen, daß wir mit unserer Ansicht so ziemlich vereinzelt zu stehen glauben, und daß namentlich die Praxis der Gerichtshöfe sich für die gegentheilige Meinung ausspricht, daß nämlich auch die durch Urtheil zuerkannten Zins-Rückstände nach §. 1480 in drei Jahren verjähren. Mit der von uns entwickelten Ansicht stimmt überein: W. Fenzler in dem Aufsatze über die Verjährung der Rechte bei Unterlassung der Execution (Jurist, Bd. 9, S. 236) und Turnes über die Execution gerichtlich zuerkannter Zinsen (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel., 1848, II, S. 39). — Noch weiter geht Zlobitzky in der Darstellung eines Civilrechtsfalles mit Bemerkungen über die Verjährung durch Urtheil zuerkannter Rechte (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel. 1841, I, S. 144), indem er behauptet, daß die durch einen rechtskräftigen Spruch zuerkannten Rechte gänzlich unverjährbar sind, welche Behauptung jedoch W. Wessely (wie auch wir meinen, mit vollem Rechte) in seinen Bemerkungen über die Verjährung durch Urtheil zuerkannter Rechte (ebd. 1841, II, S. 317) entgegentritt. — Der Ansicht, daß auch die durch Urtheil zuerkannten Zinsen binnen drei Jahren verjähren, huldigen: Dr. A. Beck, Civilrechtsfall mit Bemerkungen über die Verjährung der durch Urtheil zuerkannten Zinsen (österr. Zeitschr. f. Rechtsgel., 1842, I, S. 57 und ebd. II, S. 215); Kitka: Rechtsfälle zur Erläuterung des §. 1480 des a. b. G. B. (allg. österr. Ger.-Zeit. 1857, Nr. 87 und 88. — Vgl. die Bemerkungen zu diesem Aufsatze von Dr. K. ebd. 1857, Nr. 112, und die Erwiderung auf diese Bemerkungen ebd. 1858, Nr. 18); ferner findet sich dieselbe von dem obersten Gerichtshofe ausgesprochen in den, in der allg. österr. Ger.-Zeit. 1856, Nr. 44 und Nr. 51 mitgetheilten Rechtsfällen. — Mehr in dem einschlägigen Zusammenhange mit processualischen Fragen wird dieser Gegenstand behandelt von Prockner (Rechtsfall über den Anfang der Verjährung im Falle eines stattgehabten Concurses, im Juristen, Bd. 13 S. 1), von A. Ritter von Buzzi (in wiefern findet die Execution zur Eintreibung von Zinsen statt, wenn die Frage der Verjährung eintritt? in der österr. Zeitsch. für Rechtsgel. 1844, II. S. 209, und 1845 II. S. 251) und von Auffsez in den Gegenbemerkungen zu dem Aufsatze Buzzi's (österr. Zeitsch. für Rechtsgel. 1845, I. S. 323).

**) In diesem Sinne lautet das Urtheil des obersten Gerichtshofes vom 24. October 1851, Z. 9070 (allg. österr. Ger.-Zeit. 1852, Nr. 129), daß, wenn Jemand eine, ihm auf die Lebensdauer zugedachte jährliche Rente durch dreißig Jahre nicht erhebt oder einmahnt, durch diesen Nichtgebrauch nicht nur sein Recht auf die rückständigen Raten, sondern sein Bezugsrecht überhaupt erlischt.

***) Anders entscheidet freilich die const. 26. pr. Cod. de usuris (4, 32).

§. 1481.

Ausnahmen.

Die in dem Familien- und überhaupt in dem Personen-Rechte gegründeten Verbindlichkeiten, z. B. den Kindern den unentbehrlichen Unterhalt zu verschaffen, so wie diejenigen, welche dem oben (§. 1459) angeführten Rechte, mit seinem Eigenthume frei zu schalten, zusagen, z. B. die Verbindlichkeit, die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache oder die Gränzbestimmung vornehmen zu lassen, können nicht verjährt werden.

1) Von der Verjährung gänzlich ausgenommen sind die s. g. Personenrechte. Sie sind die Ausflüsse des Charakters der Persönlichkeit, oder gewisser Verhältnisse (der Familienverhältnisse und eines Analogons derselben, des vormundschaftlichen Verhältnisses). So lange jener Charakter vorhanden ist (und der Charakter der Persönlichkeit ist nach österr. Rechte unverlierbar (s. §. 16 u. Bd. 1. S. 113 d. W.), oder diese Verhältnisse dauern, so lange bestehen auch die aus denselben hervorgehenden Rechte *), doch werden durch die in Frage stehenden Verhältnisse auch gewisse persönliche Sachenrechte begründet, welche dann allerdings der Verjährung unterliegen **).

2) Das Gesetz bezeichnet ferner als unverjährbar die Rechte eines Menschen über seine Handlungen und über sein Eigenthum, die s. g. actus merae facultatis, die nicht als dingliche Rechte an fremdem Eigenthum ausgeübt werden, und denen keine besondere Verbindlichkeit eines bestimmten Dritten (s. §. 1479), sondern die allgemeine Verpflichtung, Niemanden in dem rechtlichen Gebrauche seiner Freiheit zu stören, entgegensteht. Darunter gehört insbesondere auch das Recht, aus einer Gemeinschaft, auszutreten (§. 832, 1208) in Folge dessen die Theilung der gemeinschaftlichen Sache zu verlangen, sowie eine Grenzberichtigung vornehmen zu lassen (§§. 850 u. ff.). Inwieferne eine Einschränkung der Freiheit durch die Ersitzung des Untersagungsrechtes Platz greifen könne, ist bereits oben (S. 704) erwähnt worden.

§. 1482.

Auf gleiche Weise wird derjenige, welcher ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene beliebige Arten ausüben konnte, bloß dadurch, daß

*) Vgl. Unger, a. a. O. Bd. 2, I. S. 271. — Gewiß unrichtig ist es daher, wenn Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 95) meint, daß das Recht der Kinder auf den anständigen Unterhalt (§. 139) verjähren könne, und nur der Anspruch auf den unentbehrlichen Unterhalt unverjährbar sei.

**) Ganz richtig hat daher unsers Bedünkens der oberste Gerichtshof mit Vdg. vom 12. August 1853, Z. 8041 (in einem in der allg. österr. Ger.-Zeit. 1853, Nr. 125 mitgetheilten Rechtsfalle) ausgesprochen, daß das Recht eines unehelichen Kindes, von seinem Vater die Verpflegung zu verlangen, bezüglich einzelner Unterhaltsraten allerdings verjähren könne.

er es durch noch so lange Zeit nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt; sondern die Beschränkung muß durch Erwerbung oder Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden (§. 351). Eben dieses ist auch auf den Fall anzuwenden, wenn jemand ein gegen alle Mitglieder einer Gemeinde zustehendes Recht bisher nur gegen gewisse Mitglieder derselben ausgeübt hat.

1) Ein wesentliches Erforderniß der Verjährung ist die Nichtausübung des zu verjährenden Rechtes; eine theilweise Ausübung (theilweis bezüglich des Objectes, oder der verpflichteten Personen) muß aber von dem Nichtgebrauche wohl unterschieden werden *). Wer das Recht des Fahrweges hat, und durch noch so lange Zeit auf dem Fahrwege nur gegangen ist, wird daher nichtsdestoweniger des Rechtes, mit einem oder mehreren Zügen auf demselben zu fahren, nicht verlustig werden (§. 492) **).

2) Eine Ausnahme kann, wie der §. 1482 sagt, nur durch Erwerbung oder Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden. Da im Eingange des §. 1482 von Rechten, die auf fremdem Grund und Boden ausgeübt werden, die Rede ist, so muß die theilweise Erlöschung derselben die Befreiung des Gegentheils von einem entsprechenden Theile der seinem (dem dienstbaren) Gute anklebenden Last zur Folge haben; es scheint also, daß die eben erwähnte Verfügung des gedachten Paragraphen die usucapio libertatis im Auge hat, wie sie im römischen Rechte bei den servitutibus praediorum urbanorum begründet ist ***). Dieß ist aber in der That nur ein Schein, der durch den unzweckmäßig gebrauchten Ausdruck: „Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes" herbeigeführt wird. Unseres Erachtens steht nämlich der §. 1482 mit dem §. 1488 im innigsten Zusammenhange. Der Unterschied besteht nur darin, daß hier von einer gänzlichen, dort von einer nur theilweisen Verjährung die Rede ist. Widersetzt sich der Verpflichtete der Ausübung der Servitut überhaupt, so kommt §. 1488 zur Anwendung, widersetzt er sich nur einem Theile (einer Art der Ausübung z. B. der Benützung des Weges zum Fahren), so entscheidet §. 1482. Da nun im §. 1488 von einer Ersitzung durchaus nicht die Rede ist, sondern die Widersetzlichkeit des Verpflichteten, und das „Nichtgeltendmachen" des Rechtes von Seite des Berechtigten gefordert wird, so muß dieß gleichmäßig auch in den Fällen des §. 1482 gelten. Es ist also von Seite des sich Widersetzenden weder ein rechtmäßiger Titel, noch der gute Glaube erforderlich †).

---

*) In toto et pars continetur. fr. 113. Dig. de reg. jur. (50, 17). — Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere. fr. 21. ibd.

**) Itaque qui habet iter, actum non habet, qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. pr. Inst. de serv. (2, 3).

***) Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. fr. 6. Dig. de serv. pr. urb. (8, 2).

†) Vgl. Schuster's Baurecht S. 449.

§. 1483.

So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden. Auch das Recht des Schuldners, sein Pfand auszulösen, bleibt unverjährt, in so fern aber die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen.

1) Nach §. 449 kann zwar das Pfandrecht vermöge seiner accessorischen Natur nicht entstehen, ohne daß eine giltige Forderung vorausgesetzt wird; sohin aber muß, wie sich schon bei der Erläuterung des §. 466 zeigt, das persönliche Forderungsrecht des Pfandgläubigers gegen den Personalschuldner von dem dinglichen Rechte desselben auf die Pfandsache unterschieden werden. Beide bestehen nebeneinander, es muß also auch jedes derselben in Beziehung auf die Verjährung abgesondert betrachtet werden. Das persönliche Forderungsrecht unterliegt der allgemeinen (in der Regel 30- oder 40jährigen) Verjährung, und diese kann vollendet werden, also das gedachte Recht erlöschen*), während das Pfandrecht (vielleicht) keiner Verjährung unterliegt.

2) Hinsichtlich dieser letzteren (der Verjährung des Pfandrechtes) muß zwischen dem Faustpfand und der Hypothek unterschieden werden. Das Faustpfandrecht unterliegt nach §. 1483, so lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, keiner Verjährung**). Er kann also, auch wenn das persönliche Forderungsrecht bereits durch 30jährigen Nichtgebrauch erloschen ist, dennoch mit der Pfandklage auf Feilbietung der in seinen Händen befindlichen Pfandsache dringen (§. 461), dagegen, wenn dieselbe zu Grunde ginge, oder in ihrem Werthe vermindert würde, keineswegs (nach §. 458) die Bestellung eines andern angemessenen Pfandes verlangen, noch in dem Falle, als das Pfand nicht hinreichend wäre, die Forderung zu decken, den Ueberschuß mit einer Personalklage gegen den Schuldner verfolgen. — Wenn wir oben (S. 734) die Pfandklage als verjährbar angeführt haben, so meinen wir dieß nur insofern, als dem Pfandgläubiger das Pfand abhanden gekommen ist, und er sein Recht binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist nicht geltend macht. Die Klage auf Distraction des Pfandes (§. 461) kann, wie wir eben erwähnt haben, nicht verjähren, so lange das Pfandstück sich in den Händen des Pfandgläubigers befindet.

3) Anders ist es bei dem Hypothekarrechte, welches nicht unter die Vorschrift des §. 1483 fällt, weil dieser seinem ausdrücklichen Wortlaute

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 216. — Nippel, Erläut. Bd. 9. S. 99. — Pachmann, a. a. O. S. 22. — Anderer Meinung ist Zugschwerdt: Ueber die richtige Auslegung des §. 1483 des a. b. G. B. (im Juristen Bd. 10, S. 226); s. jedoch die Widerlegung seiner Ansicht bei Winiwarter a. a. O.

**) Ueber den Grund dieser Verfügung sind die Schriftsteller durchaus nicht einig. Vgl. Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 242), Scheidlein (a. a. O. S. 106), Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 5, S. 216), Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 98) und Pachmann (a. a. O. S. 23).

nach sich nur auf Faustpfänder bezieht. Das Hypothekarrecht erlischt daher nach der allgemeinen Regel in 30 (oder 40) Jahren, und es kann nach Ablauf dieser Zeit von dem Besitzer der Hypothekarsache auf Löschung der in den öffentlichen Büchern eingetragenen Verbindlichkeit gedrungen werden. (§. 1499)*).

4) Das Recht des Eigenthümers der Pfandsache, dieselbe zurückzufordern, tritt nach §. 469 erst mit der Tilgung der Schuld ein, als solche ist aber die Verjährung derselben nicht anzusehen, es kann also auch eine Verjährung des Pfandeinlösungsrechts nicht eintreten, weil dieses Recht eben noch gar nicht ausgeübt werden konnte (§. 1478), die objective Möglichkeit der Ausübung aber ein unerläßliches Erforderniß aller Verjährung ist (s. oben S. 730) **). Dagegen glauben wir mit Scheidlein (a. a. O. S. 108), daß das Recht, das Pfand nach bezahlter Schuld zurückzufordern, allerdings binnen 30 oder 40 Jahren erlösche, ohne daß man sich zur Begründung der gegentheiligen Ansicht auf §. 1462 berufen kann, der von dem ganz verschiedenen Falle der Ersitzung gepfändeter Sachen spricht.

§. 1484.

Zur Verjährung solcher Rechte, die nur selten ausgeübt werden können, wird erfordert, daß während der Verjährungszeit von dreißig Jahren von drei Gelegenheiten, ein solches Recht auszuüben, kein Gebrauch gemacht worden sei (§. 1471).

1) Bei der Verjährung der Rechte, die selten ausgeübt werden (s. oben S. 717) tritt wie bei ihrer Ersitzung zu dem Zeitverlaufe (§. 1471) von 30 oder 40 Jahren — der von dem Zeitpuncte an gerechnet wird, da bei der ersten sich ergebenden Gelegenheit von diesem Rechte kein Gebrauch gemacht wurde (§. 1478) — noch ein weiteres Erforderniß hinzu, nämlich, daß sich während dieses Zeitraumes wenigstens drei Gelegenheiten zur Ausübung ergeben haben, welche unbenützt vorüber gingen; wäre dieß nicht der Fall, so würde die Vollendung der Verjährung so lange hinausgeschoben, bis sich eine dritte Gelegenheit ergibt, bei welcher abermals von dem in Frage stehenden Rechte kein Gebrauch gemacht wurde.

2) Damit die Verjährung eintreten könne, ist ferner erforderlich, daß bei keiner der im Laufe der Verjährungsfrist sich ergebenden Gelegenheiten das in Frage stehende Recht ausgeübt werde, da durch jede Ausübung die Verjährung unterbrochen würde (§. 1497) ***).

3) Eine solche Unterbrechung findet auch statt, wenn die Ausübung blos auf Ansuchen des Gegentheils unterlassen wurde (s. oben S. 718).

---

*) In wie ferne eine solche Löschung auch noch im Wege der Edictalcitation bewirkt werden könne, ist bereits Bd. 2, S. 118 d. M. angegeben worden.

**) Vgl. Unger, a. a. O. Bd. 2, I. S. 272 gegen Zeiller, Winiwarter, Nippel und Pachmann, welche die Unverjährbarkeit des Einlösungsrechtes aus der Vorschrift der §§. 1459 und 1482 ableiten.

***) Anderer Meinung, allein gewiß mit Unrecht, ist Scheidlein a. a. O. S. 112.

§. 1485.

In Rücksicht der in dem §. 1472 begünstigten Personen werden, wie zur Ersitzung, also auch zur Verjährung, vierzig Jahre erfordert.

1) Welche Personen sich der im §. 1485 festgesetzten Begünstigung erfreuen, wurde bereits oben (S. 718) erörtert. Insbesondere bestimmt auch das Gesetz vom 26. September 1844, §. 18, daß die Verjährung von Sparcassen-Einlagen erst binnen 40 Jahren eintrete. Ingleichen kommt die in Frage stehende Begünstigung nach §. 1473 auch Jenen zu statten, die mit einer vom Gesetze begünstigten Person in Gemeinschaft stehen, dagegen kommt (ebenfalls nach §. 1473) die Person desjenigen, der durch die Verjährung von seiner Verbindlichkeit befreit werden soll, nicht in Betracht.

2) Da sich das Gesetz des Ausdruckes „wie zur Ersitzung" bedient, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß die 40jährige Verjährungsfrist nur an die Stelle der dreißigjährigen tritt. Was gilt aber bei jenen Rechten, die nur einer drei- oder einjährigen Verjährung unterliegen? Eine in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1853, Nr. 147 mitgetheilte Entscheidung des obersten Gerichtshofes (v. 12. Mai 1853, Z. 3967) scheint anzunehmen, daß hier die Frist von 6 oder beziehungsweise 2 Jahren erforderlich sei. Wir meinen aber, daß diese Ansicht denn doch gewichtige Bedenken gegen sich habe. Ein solches scheint uns schon darin zu liegen, daß der §. 1485 gänzlich hievon schweigt; ferner glauben wir, spricht für unsere Meinung, daß bei diesen Fristen keine Verdopplung stattfinde, die Stellung des §. 1485 am Ende der Lehre von der ordentlichen Verjährungszeit (und dieß ist die 30jährige) vor den Bestimmungen über die außerordentlichen kürzeren Verjährungsfristen, und die kategorische Anordnung des §. 1486, sowie die Erwägung, daß Begünstigungen nicht erweitert werden dürfen *).

§. 1486.

Außerordentlich kürzere Verjährungszeit.

Die allgemeine Regel, daß ein Recht wegen des Nichtgebrauches erst nach Verlauf von dreißig oder vierzig Jahren verloren gehe, ist nur auf diejenigen Fälle anwendbar, für welche das Gesetz nicht schon einen kürzern Zeitraum ausgemessen hat (§. 1465).

§. 1487.

Die Rechte, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen; den Pflichttheil oder dessen Ergänzung zu fordern; eine Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zu

*) Vgl. Winiwarter bürgl. Recht Bd. 5, S. 221. Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 105.

widerrufen, einen entgeltlichen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben, oder die vorgenommene Theilung eines gemeinschaftlichen Gutes zu bestreiten; und die Forderung wegen einer bei dem Vertrage unterlaufenen Furcht, oder eines Irrthumes, wobei sich der andere vertragmachende Theil keiner List schuldig gemacht hat, müssen binnen drei Jahren geltend gemacht werden. Nach Verlauf dieser Zeit sind sie verjährt.

1) Die Beweggründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben mögen, die im §. 1487 aufgeführten Rechte auf einen kürzeren Zeitraum zu beschränken, sind (nach Zeiller, Comment. Bd. 4, S. 245) hauptsächlich darin zu suchen, daß einerseits der Verkürzte binnen diesem Zeitraume leicht zur Kenntniß seiner Verkürzung gelangen kann, und anderseits auch dem Gegentheile und den Theilnehmern sehr daran liegt, von den Gegenansprüchen bald unterrichtet zu werden, daß überhaupt aber die Thatsachen, wovon die Beurtheilung abhängt, nach einer längeren Zeitfrist gewöhnlich sehr verdunkelt und die Entscheidungen unsicher gemacht werden.

2) Unter den im §. 1487 aufgeführten Rechten erscheint zuerst das Recht, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen. Diese Bestimmung dürfte sich zuvörderst nur auf Testamente und Codicille, nicht auch auf Erbverträge und Schenkungen auf den Todesfall beziehen, da letztere nicht unter die gesetzliche Begriffsbestimmung des §. 552 passen, vielmehr durch dieselben ein Theil des Vermögens nur unwiderruflicher Weise auf den Todesfall überlassen wird*). Noch zweifelhafter ist die Frage, was eigentlich unter der Umstoßung eines letzten Willens zu verstehen sei? Das Gesetz gebraucht den Ausdruck „umstoßen" nur in Einer Stelle, im §. 1286, wo bestimmt wird, daß weder die Gläubiger, noch die Kinder eines Rentenkäufers berechtiget sind, den Leibrentenvertrag umzustoßen. Darnach würde unter der Umstoßung eines letzten Willens nur jene Entkräftung desselben zu verstehen sein, welche auf einer Verletzung der Rechte dritter Personen beruht; und in der That nimmt auch Sonnleithner**) diesen Ausdruck in dem ebengedachten Sinne; allein dann würde das Recht, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen, mit dem Rechte der Notherben, den Pflichttheil oder dessen Ergänzung zu fordern, dessen doch der §. 1487 insbesondere erwähnt, zusammenfallen; es scheint also, daß jener Ausdruck in einer weiteren Bedeutung genommen werden müsse; und zwar als eine Anfechtung der Giltigkeit, wegen Mangels der inneren oder äußeren Erfordernisse (§§. 553—601). Dagegen kann von einer Umstoßung nicht die Rede sein: a) wenn behauptet

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 234. — Pachmann (a. a. O. S. 46) will sogar die Codicille ausgeschlossen wissen, wogegen Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 246) und Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 107) auch Erbverträge und Schenkungen auf den Todesfall unter der Erklärung des letzten Willens begreifen.

**) Beitrag zur Erläuterung der Hfd. v. 6. Octbr. 1783 lit. f, 15. Octb. 1792 u. 12. August 1812 in Verbindung mit §. 1486 des a. b. G. B. in Beziehung zweier Fragen (österr. Zeitschr. für Rechtsgel. 1826, II. S. 79).

wird, daß der Erblasser selbst seine Willenserklärung widerrufen habe, weil hier nicht sein letzter Wille vorliegt*); b) ferner, wenn behauptet wird, daß die Erklärung auf einem wesentlichen Irrthume beruhte, oder durch Zwang herbeigeführt wurde, oder c) daß das beigebrachte Testament oder Codicill gar nicht, oder wenigstens nicht so, wie es vorliegt, von dem Erblasser ausgegangen, daß es unecht oder verfälscht sei, weil hier nicht der wahre Wille des Verstorbenen entkräftet, sondern diesem vielmehr Geltung verschafft werden solle**); d) wenn der Bestreitende anführt, daß der Erblasser sich zur Zeit der Erklärung seines letzten Willens nicht im Zustande der Besonnenheit befunden habe, da der Sinnlose (Volltrunkene u. s. w.) gar keines rechtsgiltigen Willens fähig ist***). e) Ebenso wenig ist es eine Umstoßung, wenn nur die Fähigkeit des eingesetzten Erben oder eines Vermächtnißnehmers bestritten wird, weil hier der letzte Wille als solcher aufrecht bleibt. — Dagegen glauben wir die Fälle hierher zählen zu müssen, wenn aa) die Giltigkeit der letzten Willenserklärung wegen eines anderweitigen inneren Mangels (der Prodigalitätserklärung, der abgelegten Ordensgelübde oder der Verurtheilung zur Todes- oder schweren Kerkerstrafe), oder bb) wegen Gebrechen in der äußeren Form angefochten †), oder cc) wenn sie im Falle des §. 778 entkräftet ††) oder dd) wenn behauptet wird, daß der Erblasser wegen eines vorangegangenen Erbvertrages das Recht nicht mehr hatte, über seine ganze Verlassenschaft zu verfügen †††). — Uebrigens kann sich die Umstoßung auf den ganzen letzten Willen, oder auch nur auf einzelne Theile desselben (z. B. bei einem gerichtlich erklärten Verschwender) beziehen, und es kann die Verjährung des bezüglichen Rechtes erst von dem Zeitpunkte an beginnen, da die letztwillige Anordnung, um deren Entkräftung es sich handelt, publicirt wurde (Bd. 2, S. 765 d. .W), weil erst dann (dann aber auch sogleich) die objective Möglichkeit einer Bestreitung desselben begründet wäre *†).

---

*) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 230. — Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 109. — Pachmann a. a. O. S. 45.

**) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 231. — Nippel Erläut. Bd. 9, S. 109. — Pachmann, a. a. O. S. 45.

***) Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 109 und Pachmann, a. a. O. S. 45. — Dieß dürfte nach §. 569 auch von Unmündigen gelten.

†) Anderer Meinung ist dießfalls Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 109), weil die äußeren Förmlichkeiten bloß dazu dienen sollen, den wahren Willen des Erblassers zu sichern; allein wir haben schon an einem andern Orte bemerkt, daß eine letztwillige Anordnung, in welcher die vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet worden, nichtsdestoweniger den wahren Willen des Erblassers enthalten kann. (S. Bd. 2, S. 562 d. W.).

††) Winiwarter (bürgl. Recht Bd. 5, S. 231) will diese beiden Fälle ausgenommen wissen, doch scheint einerseits der Ausdruck „entkräften" selbst mit „umstoßen" gleichbedeutend zu sein, und anderseits der Begriff der „Umstoßung" recht eigentlich auf den unter dd. aufgeführten Fall zu passen.

†††) Wenn schon das Recht des Notherben, die letztwilligen Anordnungen des Erblassers (mit wenigen Einschränkungen) gänzlich zu entkräften, binnen 3 Jahren verjährt, so muß dieß wohl um so mehr gelten, wenn der aus Irrthum Uebergangene nur jenen Erbtheil verlangt, den er nach §. 777 anzusprechen berechtigt ist. Vgl. Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 111 und Scheidlein, a. a. O. S. 119 Anderer Meinung ist Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 235.

*†) Scheidlein (a. a. O. S. 116) rechnet den Lauf der Verjährung vom Todestage des Erblassers und Pachmann (a. a. O. S. 46) von der Zeit,

3) Es gehört ferner hierher das Recht eines Notherben, den Pflichttheil oder dessen Ergänzung (nach §§. 775 u. 776) zu fordern. War dagegen der Notherbe auf den Pflichttheil eingesetzt, oder mit einem Vermächtnisse bedacht, welches dem Betrage des Pflichttheiles gleichkommt (§. 774), und handelt es sich um diese, ihm aus dem letzten Willen zustehenden Ansprüche, so tritt die allgemeine Verjährungsfrist ein *). Dagegen dürfte das Recht, eine pflichtwidrige Schenkung (§. 951) zu widerrufen, allerdings binnen 3 Jahren erlöschen, da sowohl die Gleichheit des Grundes **), als der Umstand dafür spricht, daß der Widerruf eben zur Ergänzung des Pflichttheils dienen soll. Die Verjährung dürfte hier mit dem Todestage des Erblassers (§. 536) beginnen, da der Pflichttheil, als ein durch das Gesetz bestimmter Erbtheil (wie Pachmann a. a. O., S. 47 bemerkt), ein unbedingtes Erbrecht enthält.

4) Wann das Recht, eine Schenkung wegen Undanks des Beschenkten zu widerrufen, ausgeübt werden könne, ist in den §§. 948 und 949 enthalten. Die Verjährung beginnt hier mit dem Zeitpunkte des begangenen Undankes, auch wenn dieser durch eine verbrecherische Handlung begangen wurde (vergl. §. 1489) und ohne Unterschied, ob die Schenkung bereits erfüllt wurde, oder nicht.

5) Das im §. 934 normirte Recht, einen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben, ist als vorhanden anzusehen, sobald der Vertrag eingegangen wurde; mit diesem Zeitpuncte beginnt daher auch der Lauf der Verjährung.

6) Was die Theilung eines gemeinschaftlichen Gutes anbelangt, so kommt zu unterscheiden, ob dieselbe durch ein förmliches Uebereinkommen sämmtlicher Theilhaber zu Stande gebracht, oder ob einer oder der andere von ihnen nicht beigezogen, oder die Theilung wider seinen Willen vorgenommen wurde. Im ersten Falle ist kein Grund vorhanden, die Verjährung des aus einem solchen Theilungsvertrage entspringenden Rechtes an eine außerordentliche Verjährungsfrist zu knüpfen. Die Anordnung des §. 1487 bezieht sich daher nur auf die letzterwähnten Fälle und die Verjährung beginnt mit der Vornahme der Theilung, die zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen gereichen soll (§. 841).

7) In wiefern die Aufhebung eines Vertrages wegen eines dabei unterlaufenen Zwanges oder Irrthumes begehrt werden könne, ist bei Erläuterung der §§. 870—876 angegeben worden. Damit die kürzere Verjährungsfrist dieses Paragraphen eintrete, wird erfordert, daß sich der Gegentheil einer List schuldig gemacht habe. Wäre dieses nicht der Fall, so tritt die Verjährung von 30 oder 40 Jahren ein. Es muß demnach vorausgesetzt werden, daß entweder der versprechende Theil an seinem Irrthume

---

da Jemand auf Grundlage des ungiltigen Testaments als Erbe gerichtlich erkannt oder wenigstens unter mehreren Erbwerbern für denjenigen erklärt worden ist, gegen den die anderen ihre Ansprüche auszutragen haben.

*) Pachmann a. a. O. S. 47. — Vgl. auch den von Dr. Lekisch (im Juristen, Bd. 19, S. 300) mitgetheilten Rechtsfall über die Anrechnung in den Erb- und Pflichttheil.

**) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 235. — Anderer Meinung ist Pachmann a. a. O. S. 47.

selbst Schuld war (§. 876), oder daß der Gegentheil, der ihn in Irrthum führte (§§. 871 u. 873), sich selbst im Irrthume befand, oder endlich, daß der Irrthum von einem Dritten erzeugt wurde (§. 875), ohne daß der Paciscent daran Theil nahm, da er sich sonst einer List schuldig gemacht hätte. Der kürzeren Verjährungsfrist des §. 1487 scheint übrigens nur die Forderung um Aufhebung des Vertrages (§. 877) zu unterliegen*), da der Anspruch auf Vergütung (§. 872), oder Genugthuung (§. 874) oder ein Entschädigungsanspruch nach §. 1489 zu beurtheilen kommt**). Die Verjährung beginnt auch hier von dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses.

§. 1488.

Das Recht der Dienstbarkeit wird durch den Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Theil der Ausübung der Servitut widersetzt, und der Berechtigte durch drei auf einander folgende Jahre sein Recht nicht geltend gemacht hat.

1) Die Dienstbarkeiten unterliegen ohne Zweifel der allgemeinen 30= oder 40jährigen Verjährung nach §§. 1479 u. 1485, ohne daß es dabei (wie schon oben S. 729 bemerkt wurde) einer usucapio libertatis bedarf. Der Lauf der Verjährung beginnt mit dem Zeitpuncte der Nichtausübung, sobald die objective Möglichkeit dazu vorhanden war (§. 1478). In dieser Beziehung muß nun zwischen den Dienstbarkeiten von unterbrochener und ununterbrochener Ausübung unterschieden werden (Bd. 2, S. 141 d. W.). Bei den ersteren muß aber wieder unterschieden werden, ob die Ausübung jederzeit (z. B. bei der Fahrwegsgerechtigkeit), oder nur zu gewissen Zeiten (z. B. bei dem Weiderechte, dem Rechte der Ausfischung eines Teiches) erfolgen kann. Kann die Servitut jederzeit ausgeübt werden, so nimmt der Lauf der Verjährung je vom Tage nach dem letzten Acte der Ausübung (z. B. dem Befahren des Weges) seinen Anfang. Die Verjährung wird aber durch jeden neuerlichen Act der Ausübung unterbrochen (§. 1497); kann dagegen die Ausübung nur zu gewissen Zeiten stattfinden, so beginnt die Verjährung mit der nächsten Gelegenheit zur Ausübung, welche unbenützt vorüberging; wäre also das jährlich im September auszuübende Weiderecht im J. 1856 ausgeübt worden, so könnte der Lauf der Verjährung nicht schon vom Anfang October 1856, sondern erst vom September 1857 an gerechnet werden. Bei den Dienstbarkeiten von ununterbrochener Ausübung (z. B. bei dem Rechte, eine Last des Gebäudes auf ein fremdes Gebäude zu setzen, oder zu verlangen, daß das Haus des Nachbars nicht erhöht werde) kommt es darauf an, daß der Berechtigte einen

*) Vgl. Pachmann a. a. O. S. 49. — Scheidlein a. a. O. S. 122. Anderer Meinung sind Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 237 und Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 114.

**) Aus gleichem Grunde wurde auch entschieden, daß die im §. 1487 festgesetzte dreijährige Verjährungsfrist für Forderungen wegen eines bei einem Vertrage unterlaufenen Irrthums auf die Rückforderung einer aus Irrthum bezahlten Nichtschuld keine Anwendung finde, sondern diese Klage erst binnen 30 Jahren verjähre. (Urtheil des obersten Gerichtshofes vom 11. Juni 1852, Z. 5513, in der allgemein österr. G. Z. 1853, Nr. 43).

Zustand, welcher der Ausübung seines Rechtes entgegensteht, duldete, wie wenn die fremde Mauer in einer solchen Entfernung von dem herrschenden Grundstücke aufgeführt wurde, daß die Last nicht mehr auf ihr ruhen kann, oder wenn der Nachbar sein Haus zu erhöhen anfing*). Dagegen dürfte die Zeit der wegen des Unterganges der herrschenden oder dienenden Sache, oder wegen einer wesentlichen Veränderung derselben (z. B. der Ueberschwemmung eines Weidegrundes, der Austrocknung einer Quelle, aus welcher das Wasser geschöpft werden konnte) stattgefundenen Einstellung der Dienstbarkeit (vergl. §. 525 u. Bd. 2, S. 226 d. W.) nicht in Rechnung gebracht werden, weil hier nicht einmal die objective Möglichkeit der Ausübung vorhanden war**).

2) Die kürzere Verjährungsfrist des §. 1488 tritt aber bei Dienstbarkeiten dann ein, wenn sich der Verpflichtete ihrer Ausübung von Seite des Berechtigten widersetzte, mag dieß durch Untersagung oder thatsächliche Verhinderung***) (z. B. Verschlagung des Fußsteiges, Vermauerung der Oeffnungen, die zur Einfügung des Balkens dienten, oder durch gewaltsame Abtreibung des Weideviehes und dergl.) geschehen, und mag sich der Widersetzende im guten Glauben befunden haben oder nicht (§. 1493) †). Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpuncte der Weigerung, bei der es der Berechtigte bewenden ließ. Hätte dieser aber vor Ablauf der 3 Jahre sein Recht irgend einmal wieder ausgeübt, so könnte von da ab wohl die ordentliche, nicht mehr aber (bis zu dem Falle einer neuerlichen Widersetzlichkeit) die außerordentliche Verjährung zu laufen beginnen.

3) Bei der augenfälligen Aehnlichkeit, welche die dinglichen Forderungsrechte mit den Dienstbarkeiten denn doch haben und bei dem Mangel an ausreichenden Bestimmungen über dieselben in unserem b. G. B. scheinen uns die unter Z. 1 u. 2 entwickelten Grundsätze auch auf diese anwendbar zu sein ††).

§. 1489.

Jede Entschädigungsklage erlischt nach drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schade dem Beschädigten bekannt wurde. Ist ihm der Schade nicht bekannt worden, oder ist derselbe aus einem Verbrechen entstanden; so verjährt sich das Klagerecht nur nach dreißig Jahren.

1) Eine kürzere Verjährungsfrist hat das Gesetz ferner aus mancherlei triftigen Gründen für Entschädigungsklagen festgesetzt, ohne dabei

---

*) Im letzten Falle wird aber wegen der eintretenden Widersetzlichkeit die kürzere 3jährige Verjährung Platz greifen. S. Pachmann a. a. O. S. 52.

**) Vgl. Unger, der Entwurf des bürgl. G. B. für Sachsen &c. S. 129, und die dort angeführte Stelle des Tractat. de jur. incorp. Tit. 16, §. 12.

***) Vgl. den in der allg. österr. Ger. Zeit. 1854, Nr. 24 mitgetheilten Rechtsfall.

†) S. Tausch, Rechtsfälle, Bd. 1, S. 61.

††) Anderer Meinung ist in Beziehung auf die längere Verjährungsfrist: Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 242.

zu unterscheiden (daher auch bei Auslegung dieser Bestimmungen nicht unterschieden werden kann) *), ob der Schade durch Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag (§. 1295) verursacht, ob er mit bösem Vorsatze (wenn nur kein Verbrechen unterlief), oder aus einem bloßen Versehen zugefügt wurde (§. 1294), und ob es sich um den Ersatz des wirklich entstandenen Schadens, oder um volle Genugthuung handelt (§. 1324) **). Verschieden von den Entschädigungsklagen sind jedoch die Klagen auf Erfüllung ***), Ungiltigerklärung oder Aufhebung eines Vertrages, oder auf Vergütung des für einen Andern gemachten Aufwandes (§§. 1041—1043) †), oder eines Aufwandes, der einem Andern zu Gute kommt (wie in den Fällen der §§. 331 u. 332).

2) Hinsichtlich der Verjährung der Entschädigungsklage im eben angedeuteten Sinne muß unterschieden werden, ob der Schade und wohl auch die Person des Beschädigers ††) dem Verletzten bekannt wurde oder nicht. Im ersten Falle beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, da der Beschädigte zu dieser Kenntniß gelangte und wird in 3 Jahren vollendet, im zweiten Falle endiget sie erst mit 30 (oder 40) Jahren, diese laufen aber vom Zeitpunkte der zugefügten Beschädigung, und wenn sie früher zu Ende gingen, als der Beschädigte von dem ihm zugegangenen Schaden Kenntniß erhielt, oder als die von jenem Zeitpunkte an zu berechnende dreijährige Frist abgelaufen war, so wäre der Entschädigungsanspruch demnach für erloschen anzusehen, da die Absicht des Gesetzgebers offenbar dahin geht, die Verjährungsfrist im §. 1489 zu beschränken, nicht aber sie noch über den gewöhnlichen Termin von 30 (oder 40) Jahren auszudehnen †††).

3) Ist der Schade durch ein Verbrechen (nicht auch durch ein Vergehen oder eine bloße Uebertretung) zugefügt worden, so verjährt das Klagerecht erst nach 30 (oder 40) Jahren, da in diesem Falle der Beschädigte keine Rücksicht verdient, und es läuft diese Frist vom Tage der zugefügten Beschädigung.

§. 1490.

Klagen über Injurien, die lediglich in Beschimpfungen durch Worte, Schriften oder Geberden bestehen, können nach

*) Anderer Meinung ist Scheidlein, a. a. O. S. 126.

**) Auch die Klage auf Leistung eines Entschädigungsbetrages, die sich auf ein rechtskräftiges Strafurtheil gründet, verjährt binnen 3 Jahren. Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. April 1853, Z. 3412 (allg. österr. Ger. Zeit. 1854, Nr. 66).

***) Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 11. März 1853, Z. 2424, (allg österr. Ger. Zeit. 1854, Nr. 107). — Vgl. auch oben S. 507, Z. 5 d. W.

†) Entscheidung des oberst. Gerichthhofes v. 14. October 1856, Z. 9849 (allg. österr. Ger. Zeit. 1857, Nr. 1). — Vgl. auch den Aufsatz von Turnes ebd. 1854, Nr. 140. — Ebenso wurde von dem obersten Gerichtshofe untern 16. Juli 1853, Z. 5778 (allg. österr. Ger. Zeit. 1854, Nr. 3) entschieden, daß der Ersatz, den der Zahlende nach §. 1358 von dem Schuldner zu fordern berechtigt ist, nicht binnen 3 Jahren, sondern wie die Forderung des bezahlten Gläubigers nur binnen 30 Jahre verjähre.

††) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 245. — Pachmann, a. a. O. S. 43.

†††) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 245. — Scheidlein a. a. O. S. 130. — Pachmann a. a. O. S. 43.

Verlauf eines Jahres nicht mehr erhoben werden. Besteht aber die Beleidigung in Thätlichkeiten, so dauert das Klagerecht auf Genugthuung durch drei Jahre.

1) Wir haben bereits oben (S. 557) bemerkt, daß der Schade aus einer Ehrenbeleidigung (Injurie) ein doppelter sein kann, nämlich die Minderung der Ehre und ein anderer materieller Nachtheil (eine Vermögensbeschädigung). Obwohl nun der §. 1490 nach seinen Eingangsworten (Klagen über Injurien) die erstern im Auge zu haben scheint, so sprechen doch wieder die Schlußworte (Klagerecht auf Genugthuung) dagegen; auch findet nach unserem Gesetze kein besonderer Anspruch auf Tilgung der Beleidigung (z. B. durch eine Geldstrafe) Statt, das Recht die strafgerichtliche Untersuchung des Beleidigers zu verlangen (§. 1339) kommt aber auch in Beziehung auf die Verjährungsfrage nicht nach dem a. b. G. B., sondern nach den Strafgesetzen zu beurtheilen; es dürfte daher im §. 1490 auch nur von einer Entschädigungsklage, wie im §. 1489, die Rede sein, und das Eigenthümliche der Verfügung desselben nur darin bestehen, daß die Schadenersatzklage, wenn der (materielle) Schade aus einer s. g. Verbal-Injurie entstand, auf eine noch kürzere Verjährungsfrist (nämlich von Einem Jahre) beschränkt wird, welche dann freilich wie die dreijährige Frist des §. 1489 erst von der Zeit gerechnet werden kann, als der Schade (und die Person des Injurianten) dem Beschädigten bekannt wurde.

2) Hierbei stellt sich die Schlußverfügung des §. 1490, die von Real-Injurien handelt, allerdings als ziemlich überflüssig dar, da diese unter die Vorschrift des §. 1489 fallen; ja sie ist sogar in irreleitender Weise gefaßt, da das dießfällige Klagrecht nicht bloß in 3, sondern auch erst in 30 Jahren erlöschen kann, wenn nämlich die Beschädigung dem Beschädigten nicht bekannt wurde, oder wenn sie von einem Verbrechen (z. B. der Verleumdung) herrührte.

§. 1491.

Einige Rechte sind von den Gesetzen auf eine noch kürzere Zeit eingeschränkt. Hierüber kommen die Vorschriften an den Orten, wo diese Rechte abgehandelt werden, vor.

Wie schon in den §§. 1465 u. 1486, so ist auch im vorstehenden Paragraphen angedeutet, daß außer den im IV. Hptst. des III. Theiles. angegebenen Rechten andere auf eine noch kürzere Zeit eingeschränkt sind, Ungeachtet dieser wiederholten Verweisungen meint Winiwarter (bgl. Recht Bd. 5, S. 142), daß diese Fälle nicht als Verjährungsfälle zu betrachten seien, während Nippel (Erläut. B. 9, S. 124) sie zwar als solche anerkennt, zugleich aber behauptet, daß darauf die Vorschriften über die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung nicht anwendbar seien. Allein weder das Eine noch das Andere scheint uns gerechtfertigt; vielmehr dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch an andern Orten des G. B. Verjährungsfälle vorkommen, für welche daselbst zwar eine kürzere Frist bestimmt ist,

die sonst aber nach den für die Verjährung geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Ebenso gewiß ist es aber auch, wie wir schon oben (S. 696 d. W.) angedeutet haben, daß nicht jeder Fall einer Fristbestimmung schon als ein Verjährungsfall anzusehen sei, und es kommt nur darauf an, das richtige Criterium zu finden, durch welches sich die einen von den andern unterscheiden lassen. Pachmann (a. a. O. S. 40) meint in dieser Beziehung, daß Alles, was unter den Begriff der Verjährung fällt, und nichts in sich schließt, was einer ausnahmslosen Verjährungsnorm entgegen ist, und eben deßhalb eine heterogene Natur beweist, sofort nach den für die Verjährung geltenden Normen behandelt werden müßte. — Noch ausreichender scheint uns dießfalls das von Unger (a. a. O. Bd. 2, I., S. 275 u. 277 Anm. 79) aufgestellte Criterium zu sein, vermöge dessen bloß darauf zu sehen ist, ob die Nichtausübung des Rechtes, welches mit dem Ablauf einer gewissen Zeit verloren gehen soll, in der Unterlassung der Anstellung der zur Geltendmachung jenes Rechtes dienenden Klage besteht, oder nicht. Im ersten Fall ist, meint der Verfasser, ein Fall der Klageverjährung, somit der Extinctivverjährung überhaupt, im zweiten Falle dagegen eine Präclusivfrist vorhanden. Als solche erscheinen demnach z. B. die Fälle der §§. 201, 259, 862, 1075, 1082, 1084, 1141, 1290, 1321, während dagegen die Fälle der §§. 156—159, 933, 936, 967, 982, 1097, 1111, 1367 als eigentliche Verjährungsfälle anzusehen kommen *).

§. 1492.

Wie lange das Wechselrecht einem Wechselbriefe zu Statten komme, ist in der Wechselordnung bestimmt.

Die Bestimmungen über die Verjährung des Wechselrechtes sind gegenwärtig in den Art. 77 — 80 der Wechselordnung vom 25. Januar 1850, Nr. 51 des R. G. Bl. enthalten.

§. 1493.

Einrechnung der Verjährungszeit des Vorfahrers.

Wer eine Sache von einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer redlich übernimmt, der ist als Nachfolger berechtigt, die Ersitzungszeit seines Vorfahrers mit einzurechnen (§. 1463). Eben dieses gilt auch von der Verjährungszeit. Bei einer Ersitzung von dreißig oder vierzig Jahren findet diese Einrechnung auch ohne einen rechtmäßigen Titel, und bei der eigentlichen Verjährung selbst ohne guten Glauben oder schuldlose Unwissenheit Statt.

1) Der Zweck, durch Verjährungsgesetze den Besitz und Verkehr zu sichern, und die Streitigkeiten zu vermindern, würde, wie Zeiller (Commt.

---

*) Unger a. a. O. S. 278 sieht im §. 936 eine Präclusivfrist für die Klage, und im §. 1367 keinen Verjährungsfall, sondern vielmehr das Gegentheil eines solchen.

Bd. 4, S. 255) bemerkt, bei dem häufigen Wechsel der Besitzer und Nachfolger beinahe ganz vereitelt werden, wofern der Nachfolger die Verjährungszeit des Vorfahrs nicht einrechnen könnte. Wir unterscheiden dießfalls zuvörderst zwischen der Ersitzung und der eigentlichen Verjährung. Für die Ersitzung findet diese Einrechnung unzweifelhaft statt, wenn der Vormann im usucapionsfähigen (also rechtmäßigen, redlichen und echten) Besitze war, und dieser ohne Unterbrechung kraft eines rechtmäßigen Titels, und in echter Weise auf den redlichen Nachfolger überging. Der Mangel an Redlichkeit des Vorfahrs hindert den redlichen Nachfolger nicht, die Ersitzung vom Tage seines Besitzes anzufangen (§. 1463), doch von einer Einrechnung kann keine Rede sein, da der Vormann eben wegen des gedachten Mangels selbst nicht ersitzen konnte; fehlt es dagegen dem Nachfolger am guten Glauben, so ist jede Ersitzung von seiner Seite ausgeschlossen (§. 1493). Bezüglich des Titels muß zwischen der 30- (oder 40-) jährigen und der kürzeren Ersitzungszeit unterschieden werden. Derjenige, der sich auf die Ersitzung von 30 oder 40 Jahren beruft, bedarf nach §. 1477 keines rechtmäßigen Titels (s. oben S. 727), es verschlägt also nichts, wenn sein Vormann keinen solchen hatte, und er als Erbe eintritt, oder selbst keinen Titel seines Besitzes nachzuweisen vermag; nur in den Fällen des §. 1463 findet keine Einrechnung des Besitzes statt, doch kann der rechtmäßige Particularnachfolger (nicht auch der Universalsuccessor) die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes beginnen. Handelt es sich aber um eine kürzere Ersitzungszeit, so muß ein rechtmäßiger Titel sowohl von Seite des Vormannes als bei dem Nachfolger vorhanden sein (§. 1460).

2) Bei der Verjährung kommt es auf den guten oder bösen Glauben des Verpflichteten durchaus nicht an (s. oben S. 729). Das wesentliche Erforderniß derselben ist nur die Nichtausübung eines Rechtes durch die vom Gesetze bestimmte Zeit, und daran wird nichts geändert, mag in der Person des Berechtigten oder des Verpflichteten was immer für eine Veränderung vor sich gegangen sein *).

§. 1494.

Hemmung der Verjährung.

Gegen solche Personen, welche aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte selbst zu verwalten unfähig sind, wie gegen Pupillen, Wahn- oder Blödsinnige; kann die Ersitzungs- oder Verjährungszeit, dafern diesen Personen keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind, nicht anfangen. Die ein Mal angefangene Ersitzungs- oder Verjährungszeit läuft zwar fort; sie kann aber nie früher als binnen zwei Jahren nach den gehobenen Hindernissen vollendet werden.

1) Wenn auch alle gesetzlichen Erfordernisse einer Ersitzung oder Verjährung vorhanden sind, kann es doch gewisse Umstände geben, welche denselben im Wege stehen. Diese Hindernisse sind von doppelter Art; sie

*) S. jedoch die Ausnahme im §. 1500.

treten nämlich entweder dem Anfange der Verjährung *) oder der Fortsetzung derselben nur solange sie obwalten, entgegen (Hemmungsursachen), so daß mit dem Hinwegfallen des Hindernisses die Verjährung anfangen, oder der Lauf derselben wieder fortgesetzt werden kann, — oder aber, sie vernichten die bereits angefangene Verjährung in allen ihren Wirkungen (Unterbrechungs-Ursachen), dergestalt, daß nach ihrem Hinwegfallen nur allenfalls eine neue Verjährung beginnen, keineswegs aber der bereits seither eingetretene Zeitlauf in Rechnung gebracht werden kann. Letztere setzen jederzeit eine bereits angefangene Verjährung voraus, deren Vollendung sie hindernd entgegenstehen.

2) Ein Hemmungsgrund liegt zuvörderst in der Eigenschaft gewisser Personen, gegen welche eine Ersitzung oder Verjährung gerichtet ist, nämlich in der aus einem Mangel von Geisteskräften hervorgehenden Unfähigkeit, ihre Angelegenheiten selbst zu verwalten. Hiernach gehören hierher: Minderjährige, mögen sie unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen **), die Wahn- und Blödsinnigen, sie mögen gerichtlich als solche erklärt sein oder nicht, wohl auch gerichtlich erklärte Verschwender, da diese zumeist im Gesetze (§§. 273, 283, 567, 568) den Rasenden gleichgestellt werden und wegen Mangels ihrer Geisteskräfte (worunter doch gewiß auch die Kraft des Willens zu verstehen ist) des besonderen Schutzes bedürfen ***).

3) Die Begünstigung, die das Gesetz den gedachten Personen zuwendet, ist eine zweifache. Die erste tritt nur dann ein, wenn sie keinen gesetzlichen Vertreter haben †), und besteht darin, daß eine Ersitzung oder Verjährung gegen sie gar nicht zu laufen anfangen kann. Die zweite schiebt die Vollendung einer bereits angefangenen Ersitzung oder Verjährung bis zum Ablaufe von zwei Jahren nach gehobenen Hindernissen

*) Wir nehmen der Kürze halber den Ausdruck „Verjährung" hier im weiteren Sinne, auch die Ersitzung in sich bezeichnend (s. oben S. 694).

**) Der Ausdruck „Pupillen", dessen sich der §. 1494 bedient, scheint nur auf die letzteren hinzudeuten, und wirklich glaubt Dr. Brezina (in seinen Bemerkungen über den §. 1494 des a. b. G. B., österr. Zeitsch. f. Rechtsgel. 1837 I. S. 37) die unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder ausschließen zu müssen, weil auch der §. 1454 nur von Mündeln und Pflegebefohlenen spricht, und die weitere Textirung des §. 1494 (denen keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind) damit im Einklange steht. — Allein der im Eingange des §. 1494 ausgesprochene Grund des gesetzlichen Schutzes (nämlich die Unfähigkeit zur eigenen Vermögensverwaltung) paßt doch gewiß auch auf die unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder, die Pupillen aber sind, wie aus der Partikel „wie" erhellet, nur beispielsweise aufgeführt; überdieß werden die Ausdrücke „Pupillen" und „Pflegebefohlene" häufig im weiteren Sinne gebraucht, wo sie auch die in Frage stehenden Personen umfassen, und ebenso läßt sich von dem Vater sagen, daß er seinen Kindern schon durch das Gesetz als Vertreter bestellt sei. — Vergl. Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S 254.

***) Pachmann, a. a. O. S. 15. — Scheidlein a. a. O. S. 156. Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 136. — Anderer Meinung ist Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 254. —Zu weit geht aber doch wohl Pachmann (a. a. O.) wenn er auch Menschen, die von einem krankhaften Schlaf befallen sind oder ihr Gedächtniß völlig verloren haben, hierher rechnen zu müssen glaubt.

†) Sie ist also auf die, unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder nicht anwendbar.

hinaus *); angefangen könnte sie aber dann haben, wenn der Vormann des zu Schützenden nicht zu dieser Classe von Personen gehörte, oder wenn demselben früher ein gesetzlicher Vertreter bestellt war, oder endlich, wenn das in Frage stehende Hinderniß erst später eintrat. Die Vollendung der Ersitzung oder Verjährung kann hier nicht früher als zwei Jahre**) nach Hebung des Hindernisses (also nach erreichter Großjährigkeit, oder nach Wiedererlangung der verlorenen Geisteskräfte, oder nach Aufhebung der Prodigalitätserklärung) Platz greifen, wohl aber kann sie auch noch länger ausgesetzt bleiben, wenn zu ihrem Ablauf ohnehin noch ein Zeitraum von mehr als 2 Jahren erforderlich ist. Sehr bestritten ist übrigens die Frage, ob die eben erwähnte (zweite) Begünstigung den im §. 1494 bezeichneten Personen auch dann zu Statten komme, wenn sie einen gesetzlichen Vertreter haben? Scheidlein (a. a. O. S. 153), Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 140) und Březina (in der oben angeführten Abhandlung) erklären sich für die verneinende Beantwortung, während Zeiller (Comment. Bd. 4, S. 261) Winiwarter (bgl. Recht, Bd. 5, S. 256), Pachmann (a. a. O. S. 14) und Pratobevera (Mater. Bd. 6, S.141) der bejahenden Ansicht beipflichteten; für letztere scheinen auch uns überwiegende Gründe zu sprechen, und zwar die wohl ziemlich klar im Eingange des §. 1494 angedeutete Motivirung des Gesetzes, welche nicht eben im Mangel eines gesetzlichen Vertreters, sondern in den Geistesgebrechen des seine Rechte selbst zu verwalten Unfähigen den Anlaß zu einem besonderen Schutze desselben findet, ferner in der Bestimmung, daß die Ersitzung oder Verjährung „nie“ früher als binnen zwei Jahren nach gehobenen Hindernissen vollendet werden kann, sowie die Erwähnung mehrerer Hindernisse, während nach der gegentheiligen Ansicht nur von einem Hindernisse (dem Mangel eines gesetzlichen Vertreters) die Rede sein könnte, endlich der Umstand, daß die Begünstigung des §. 1494 an die Stelle der im §. 630 des galiz. G. B. III. Theiles zugestandenen Wohlthat der Einsetzung in den vorigen Stand getreten ist, welche den Minderjährigen ohne Unterschied, ob sie einen gesetzlichen Vertreter hatten oder nicht, zukam.

4) Stünde mit einer wegen Mangels ihrer Geisteskräfte begünstigten Person eine nicht zu dieser Classe gehörige Person in Gemeinschaft, so müßte im Wege der Analogie die Vorschrift des §. 1473 zur Anwendung kommen.

5) Geht das verjährende Recht erst während des Laufes der Verjährung an eine solche begünstigte Person über, so kann die Verjährung nach Obigem in der Regel erst binnen zwei Jahren nach gehobenem Hindernissen vollendet werden; wird es aber von einer der in Frage stehenden Personen an einen nicht begünstigten Nachfolger übertragen, so kommt diesem nur noch soviel Verjährungszeit zu Statten, als dem Vormanne, wenn er

*) In dieser Beziehung tritt allerdings eine Ausnahme von der als Regel geltenden Wirkung einer Hemmungsursache ein, da das in Frage stehende Hinderniß der Fortsetzung der einmal schon angefangenen Ersitzung oder Verjährung nicht entgegen steht. S. Nippel. Erläut. Bd. 9, S. 138.

**) Eine Ausnahme dürfte nur hinsichtlich jener Rechte Platz greifen, deren Verjährugszeit an sich schon unter 2 Jahren bestimmt ist (wie bei Injurienklagen). Vgl. Pachmann, a. a. O. S. 57.

im Augenblicke der Uebertragung von jenem Hindernisse freigeworden wäre, und das Recht, statt es zu übertragen, sofort selber behalten hätte, zugekommen sein würde *).

§. 1495.

Auch zwischen Ehegatten, dann zwischen Kindern oder Pflegebefohlenen und ihren Eltern oder Vormündern kann, so lange erstere in ehelicher Verbindung, letztere unter älterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen, die Ersitzung oder Verjährung weder angefangen, noch fortgesetzt werden.

1) Ein zweiter Hemmungsgrund ist in der gegenseitigen Beziehung gelegen, welche zwischen Ehegatten unter einander, dann Kindern und ihren Eltern, sowie Pflegebefohlenen und ihren Vertretern obwaltet, da dieses Verhältniß die Ursache ist, daß die betreffenden Personen ihre Rechte wider einander entweder gar nicht, oder doch nur sehr schwer geltend zu machen im Stande sind. Die Begünstigung reicht hier noch weiter als im Falle des §. 1494, da, so lange das fragliche Verhältniß dauert, die Ersitzung weder angefangen, noch auch die schon angefangene fortgesetzt werden kann.

2) Die Verfügung des §. 1495 bezieht sich a) auf Ehegatten, so lange sie in ehelicher Verbindung stehen. Dieß ist nicht mehr der Fall, sobald die Ehe für ungiltig erklärt, getrennt, oder auch nur durch gerichtliche Scheidung von Tisch und Bett die eheliche Gemeinschaft aufgelöst ist. Wohl aber würde den in ungiltiger Ehe lebenden Scheinehegatten, soweit Einer derselben oder beide Theile sich über das ihrer Ehe entgegenstehende Hinderniß in einer schuldlosen Unwissenheit befinden, die Begünstigung des vorstehenden Paragraphen zu Statten kommen **). b) Auf Eltern und Kinder solange die letzteren unter der elterlichen Gewalt stehen; mag diese auch über die Jahre der Großjährigkeit hinaus verlängert worden sein (§. 173) und die Gewalt auf der natürlichen Verwandtschaft oder auf dem Wahlverhältniße (§. 183) beruhen. Da die Innigkeit der obwaltenden gegenseitigen Beziehungen der Grund der gesetzlichen Anordnung ist, so dürfte dieselbe zwar auf die Mutter, keineswegs aber (wie Pachmann, a. a. O. will) auch auf die Großeltern zu beziehen sein, denen keinerlei Gewalt über ihre Enkel zusteht. c) Auf Vormünder und Pflegbefohlene, solange sich letztere unter der vormundschaftlichen Gewalt befinden. Hierunter dürften auch Curatoren und Curanden (Wahnsinnige, Blödsinnige und erklärte Verschwender) zu verstehen sein ***), da bei allen der gleiche Grund des

---

*) S. Pachmann, a. a. O. S. 61, mit dem im Resultate auch Winiwarter (bürgl. Recht, Bd. 5, S. 260) übereinstimmt. — Hatte die Verjährung gegen den begünstigten Vormann noch gar nicht begonnen, so kann auch von einer Fortsetzung derselben keine Rede sein, wohl aber kann sie gegen den fähigen Nachfolger nunmehr zu laufen anfangen.

**) Winiwarter, bürgl. Recht, Bd. 5, S. 261. — Pachmann, a. a. O. S. 16.

***) Alle diese will Nippel (Erläut. Bd. 9, S. 151), die Verschwender aber Scheidlein (a. a. O. S. 165) ausgenommen wissen.

Gesetzes eintritt*). Der Schutz des Gesetzes kommt übrigens nicht nur den Kindern und Pflegebefohlenen gegen ihre Eltern und Vormünder oder Curatoren, sondern schon in Folge einer billigen Gegenseitigkeit auch diesen gegen jene zu Statten.

3) Wer mit den in Frage stehenden Personen sich in Gemeinschaft befindet, genießt (nach §. 1473) der gleichen Begünstigung, wie sie selbst; ein nicht in gleichen Verhältnissen befindlicher Nachfolger aber, sowie die genannten Personen selbst, wenn das betreffende Verhältniß aufgehoben wird, kann sowohl die Ersitzung oder Verjährung anfangen, als auch eine etwa schon früher angefangene und seither nur gehemmte fortsetzen.

§. 1496.

Durch Abwesenheit in Civil- oder Kriegsdiensten, oder durch gänzlichen Stillstand der Rechtspflege, z. B. in Pest- oder Kriegszeiten, wird nicht nur der Anfang, sondern so lange dieses Hinderniß dauert, auch die Fortsetzung der Ersitzung oder Verjährung gehemmt.

1) Als eine dritte Hemmungsursache erscheint die Abwesenheit in Civil- oder Kriegsdiensten, d. i. nach der Analogie des §. 1475 der Aufenthalt desjenigen, der durch die Ersitzung oder Verjährung eines Rechtes verlustig werden soll, außer der Provinz, wo sich die Sache, um deren Ersitzung es sich handelt, befindet, oder wo das verjährende Recht ausgeübt werden konnte (s. oben S. 723). Ob der Abwesende einen Vertreter zurückgelassen habe oder nicht, ist gleichgiltig.

2) Auch ein gänzlicher Stillstand der Rechtspflege hemmt die Ersitzung sowohl als die Verjährung, da er die Möglichkeit einer richterlichen Verfolgung (s. §. 1497) ausschließt, doch ist hiermit nicht gemeint, daß der Gerichtsstillstand im ganzen Kaiserstaate, oder auch nur in einem ganzen Kronlande eingetreten sein müsse, sondern es will damit nur angedeutet werden, daß das überhaupt competente Gericht gar nicht seine Gerichtsbarkeit ausüben dürfe, also auch nicht auf eine sonst nicht gewöhnliche Weise, oder im Delegationswege u. dgl.

3) Eine Hemmung der Verjährung scheint uns endlich auch dann noch einzutreten, wenn das verjährende Recht an sich (d. h. seiner Natur und Wesenheit nach) eine Zeitlang nicht ausgeübt werden konnte, wie z. B., wenn die Quelle, aus welcher Jemandem das Recht, Wasser zu schöpfen, zustand, ausgetrocknet war**).

§. 1497.

Die Ersitzung sowohl als die Verjährung wird unterbrochen, wenn derjenige, welcher sich auf dieselbe berufen will, vor dem Verlaufe der Verjährungszeit entweder ausdrücklich oder still- Unterbrechung der Verjährung.

*) Pachmann, a. a. O. S. 17.
**) Pachmann, a. a. O. S. 29.

schweigend das Recht des Anderen anerkannt hat; oder wenn er von dem Berechtigten belangt und die Klage gehörig fortgesetzt wird. Wird aber die Klage durch einen rechtskräftigen Spruch für unstatthaft erklärt; so ist die Verjährung für ununterbrochen zu halten.

1) In wie ferne sich die Unterbrechung der Ersitzung und Verjährung von der Hemmung derselben unterscheide, ist bereits oben S. 752 angegeben worden; wodurch aber eine solche Unterbrechung bewirkt werde, findet sich theils in dem vorstehenden Paragraphen beantwortet, theils muß es aus der Natur der Sache entwickelt werden.

2) Als eine Unterbrechung der Ersitzung sowohl als der Verjährung, bezeichnet das Gesetz zuvörderst die Anerkennung des gegentheiligen Rechtes, mag sie durch den Ersitzenden oder Verjährenden selbst, oder durch einen gehörig dazu bevollmächtigten Stellvertreter geschehen. Eben so macht es keinen Unterschied, ob sie ausdrücklich (durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen) erfolge, oder aus concludenten Handlungen stillschweigend hervorgehe (§. 863). Hierunter würden z. B. zu rechnen sein: Die Zahlung der Zinsen einer Darlehensschuld*), die Ausstellung eines neuen Schuldscheines, die Leistung von Abschlagszahlungen, die Bestellung eines Pfandes, die Bitte um Verlängerung des Zahlungstermines u. dgl. m. Eine bloß außergerichtliche Einmahnung von Seite des Gläubigers könnte aber eben so wenig hieher gerechnet werden, als die Eintragung einer Forderung in die öffentlichen Bücher, weil in keiner von beiden eine Anerkennung des gegentheiligen Rechtes liegt. Auch Edictalaufforderungen zur Geltendmachung bestehender Ansprüche haben diese Wirkung nicht, da sie bloß einseitige Handlungen sind, durch welche Niemanden eine Verpflichtung auferlegt werden kann **). Eine nach Ablauf der Ersitzungs- oder Verjährungsfrist erfolgte Anerkennung des gegentheiligen Rechtes kann aber, wie Dr. Weißel (in der österr. Zeitschr. für Rechtsgel. 1838 I., S. 129) überzeugend dargethan hat, die bereits vollendete Ersitzung oder Verjährung der Natur der Sache nach nicht mehr unterbrechen; ob sie aber als eine Verzichtleistung auf die Einwendung der Ersitzung oder Verjährung angesehen werden könne, müßte unseres Erachtens aus den jeweilig obwaltenden Umständen (§. 863) beurtheilt werden. Im Allgemeinen wird sie allerdings nicht als eine Entsagung gelten können, da sie nicht nur diese, sondern auch noch andere Auslegungen zuläßt, und auf einem factischen oder Rechts-Irrthume beruhen kann.

3) Eine Unterbrechung der Ersitzung oder Verjährung wird weiter durch die Anstellung einer Klage von Seite desjenigen herbeigeführt, der in seinen Rechten beschränkt werden soll, also z. B. der actio negatoria, wenn es sich um die Ersitzung einer Dienstbarkeit, oder der Contracts-Klage auf Zahlung eines Darlehens, wenn es sich um eine eigentliche Verjährung

---

*) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. Mai 1851, Z. 3405 (allg. österr. Ger. Zeit. 1853, Nr. 6).

**) J. E. v. G. (Gallenstein): was wirken Edicte zur Unterbrechung der Verjährung? Graz, 1816.

handelt. Bloße Fristgesuche zur Einbringung einer solchen Klage, wenn sie auch den Willen zu klagen andeuten, haben nach dem Hofdk. v. 30 Jänner 1819, Nr. 1540 der J. G. S., Nr. 86 des Anh. zum a. b. G. B. f. Ungarn u. s. w., u. Nr. 83 des Anh. z. a. b. G. B. f. Siebenbürgen diese Wirkung nicht, und eben so muß dieß von anderen gerichtlichen oder außergerichtlichen Schritten behauptet werden *). Eine Ausnahme würde nur dann Platz greifen, wenn der ordentliche Rechtsweg entweder gar nicht (wie in den Fällen des §. 1341) oder nur über vorgängige Verhandlung bei den politischen Behörden zuläßig ist (Hfd. v. 3. Mai 1833, Z. 9161). Die Anstellung der Klage muß bei dem competenten Gerichte (was allenfalls auch ein Schiedsgericht sein kann) und in gehöriger Weise geschehen **); sohin genügt aber die bloße Anbringung der Klage; die Zustellung, als ein von der Willkühr des Klägers unabhängiger Act, kann auch nach Ablauf der Ersitzungs- oder Verjährungsfrist erfolgen. Weiters muß aber die Klage gehörig fortgesetzt, d. h. bis zur Schöpfung eines rechtskräftigen Urtheiles durchgeführt werden ***). Die Vornahme der Execution ist nicht nothwendig, doch kann hinsichtlich des durch Urtheil formalisirten Rechtes eine neue Verjährung zu laufen beginnen. Endlich muß der Kläger im Processe Sieger geblieben sein, da nach dem Schlußsatze des §. 1497, wenn die Klage durch einen rechtskräftigen Spruch für unstatthaft erklärt wird, die Ersitzung oder Verjährung für ununterbrochen zu halten ist. Die durch eine gehörig fortgesetzte Klage bewirkte Unterbrechung wirkt übrigens nur gegen denjenigen, gegen den die Klage gerichtet war, oder der mit ihm solidarisch verpflichtet ist †).

4) Eine der Ersitzung eigenthümliche Unterbrechungsart ist das Aufhören des Besitzes, oder einer wesentlichen Eigenschaft desselben, da dieser mit allen gesetzlichen Erfordernissen durch die ganze vom Gesetze bestimmte Zeit fortgedauert haben muß (§. 1460). Wie aber der Besitz verloren gehe, ist bereits Bd. I, S. 696 d. W. erörtert worden.

5) Endlich scheint eine Unterbrechung der Verjährung, wie Pachmann a. a. O. S. 29 hervorhebt, der Natur der Sache nach in der wirklichen Ausübung des in Verjährung stehenden Rechtes, d. i. in der Vornahme

---

*) So wurde erkannt, daß die Anmeldung einer Darlehens-Forderung bei der Verlassenschaftsabhandlung nach dem verstorbenen Schuldner die Verjährung nicht unterbreche, wenn der Gläubiger nicht eine förmliche Klage überreicht und gehörig fortgesetzt hat (Urtheil des obersten Gerichtshofes vom 2. Mai 1851, Z. 3405, allg. österr. Ger. Zeit. 1853, Nr. 6), und daß die Ersitzung durch Beschwerden bei der politischen Behörde nicht unterbrochen werde (Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 11. Mai 1856, Z. 1472, ebd. 1856, Nr. 68).

**) Deßhalb scheint eine, wenn auch nur wegen Formgebrechen vom Richter zurückgewiesene, oder eine vom Kläger freiwillig mit Vorbehalt einer neuen Klage zurückgenommene Klage die Verjährung nicht zu unterbrechen. Vgl. Fischer, Civilrechtsfall im Auszuge (in der österr. Zeitsch. f. Rechtsgel. 1840, II. S. 321); anderer Meinung ist Nippel, Erläut. Bd. 9, S. 155.

***) Vgl. den in der allg. österr. Ger. Zeit. 1856, Nr. 65 mitgetheilten Rechtsfall.

†) Deßhalb wurde durch Urtheil des obersten Gerichtshofes v. 26. Novbr. 1856, Z. 11322 (allg. österr. Ger. Zeit. 1858, Nr. 31) entschieden, daß die gegen den Personalschuldner gerichtete Klage die Verjährung gegen den Hypothekbesitzer nicht unterbreche.

der den Inhalt des Rechtes eigentlich und allein gestaltenden Handlung als solcher (z. B. in dem Betreiben des dienstbaren Weidegrundes mit Vieh) zu liegen; mag sie auch nur an einem Theile des Objectes (§. 1482) und durch den Berechtigten selbst, oder durch einen Stellvertreter erfolgen, einerlei, ob derselbe lediglich im Interesse seines Mandanten (z. B. als Viehhirt im o. a. Beispiele) oder kraft eigenen Rechtes (z. B. als Pächter des herrschenden Gutes) handle.

§. 1498.

Wirkung der Ersitzung oder Verjährung.

Wer eine Sache oder ein Recht ersessen hat, kann gegen den bisherigen Eigenthümer bei dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthumes ansuchen, und das zuerkannte Recht, wofern es einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letzteren einverleiben lassen.

1) Die Wirkung der Ersitzung ist zunächst die Erwerbung des Eigenthums der beweglichen oder unbeweglichen Sache, die den Gegenstand der Ersitzung bildete, oder des Rechtes (also z. B. der Dienstbarkeit, des Hypothekarrechtes, des dinglichen Forderungsrechtes), in der Art und Weise, und in dem Umfange, wie es besessen wurde, mit allem Zugehör, aber auch mit allen demselben anklebenden Lasten *).

2) Zum Schutze des durch die Ersitzung erworbenen Rechtes stehen dem Ersitzenden die gewöhnlichen Rechtsmittel zu Gebote. In der Regel wird er sich dießfalls nur einer Einwendung (§. 1501) zu bedienen brauchen. Die Nothwendigkeit der Anstellung einer Klage wird nur ausnahmsweise eintreten, insbesondere wenn das ersessene Recht einen Gegenstand des öffentlichen Buches ausmacht, der Ersitzende aber sich nicht im Tabular-, sondern nur im physischen Besitze oder Quasibesitze desselben befand, wo er, um auch gegen jeden Particularnachfolger seines bisherigen Gegners gesichert zu sein (s. §. 1500), die Eintragung auf seinen Namen bewerkstelligen muß, was, wenn der Gegentheil sich weigert, das Recht des Ersitzenden in forma tabulari anzuerkennen, nur in Folge eines rechtskräftigen Urtheiles erfolgen kann. Immerhin ist es aber demjenigen, der ersessen hat, auch wenn er im ungestörten Genuße des ersessenen Objectes ist, gestattet, denjenigen, gegen den die Ersitzung zu Stande gekommen ist, auf Anerkennung derselben zu belangen **).

§. 1499.

Auf gleiche Art kann nach Verlauf der Verjährung der Verpflichtete die Löschung seiner in den öffentlichen Büchern eingetragenen Verbindlichkeit, oder die Richtigerklärung des dem Berechtigten bisher zugestandenen Rechtes und der darüber ausgestellten Urkunden erwirken.

---

*) Pachmann, a. a. O. S. 126.
**) Pachmann, a. a. O. S. 127.

1) Ist die Verjährung vollendet, so ist die Wirkung derselben zunächst die Erlöschung des verjährten Rechtes mit allen seinen Accessorien (z. B. Bürgschaft; — eine Ausnahme findet nach §. 1483 nur rücksichtlich des Faustpfandes statt), auf der einen, die Befreiung von der demselben gegenüberstehenden Verbindlichkeit auf der anderen Seite. Auch zur Geltendmachung der Verjährung bedarf es in der Regel nur einer Einwendung (§. 1501), wenn auf Anerkennung des erloschenen Rechtes geklagt würde; doch kann es hier ebenfalls nothwendig werden, den Weg der Klage einzuschlagen, wenn nämlich die verjährte Verbindlichkeit einen Gegenstand des öffentlichen Buches ausmachte, um ihre Löschung aus demselben zu bewirken (vgl. §§. 350, 469 und 525). Aber auch außerdem ist es demjenigen, der durch die Verjährung einer Rechtspflicht überhoben wurde, gestattet, den (ehedem) Berechtigten auf Anerkennung der Verjährung zu belangen, und die Zurückstellung der allenfalls über die erloschene Verbindlichkeit bestehenden Urkunde (z. B. eines Schuldscheines), zu begehren *).

§. 1500.

Das aus der Ersitzung oder Verjährung erworbene Recht kann aber demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen.

1) Die eben angegebenen Wirkungen der Ersitzungen (§. 1498) und Verjährung (§. 1499), sind aber im Interesse des Tabularinstitutes einer wichtigen Beschränkung unterworfen. Hat nämlich Jemand ein Recht, (z. B. das Eigenthum einer unbeweglichen Sache, oder einer Grunddienstbarkeit) bloß in Folge physischen Besitzes oder Quasibesitzes ersessen, und die Einverleibung desselben nicht bewirkt, so kann er sich gegen einen Particularnachfolger des bisherigen Eigenthümers, der die Sache im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher (in denen das ersessene Recht eben noch nicht erscheint) mit der Einwendung der Ersitzung nicht schützen. In dieser Beziehung kann man sagen, daß das aus der Ersitzung erworbene Recht nur gegen denjenigen (oder dessen Universalsuccessor) wirksam sei, gegen den es ersessen wurde, daß die Ersitzung also (wie der §. 480 sich ausdrückt) nur einen Titel zur Erwerbung des Rechtes der Dienstbarkeit gebe. Daß aber Jemand im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt habe, kann nur dann behauptet werden, wenn er auch nicht auf anderweitigem Wege von dem Bestande des ersessenen Rechtes Kenntniß

---

*) So wurde auch durch Urtheil des obersten Gerichtshofes v. 3. Juni 1853, Z. 5414, entschieden, daß die Verjährung älterer als dreijähriger Rückstände von Interessen eines grundbücherlich versicherten Capitales von dem Verpflichteten nicht bloß als Einwendung, sondern auch auf Grund des §. 1499 mittelst einer Klage auf Löschung dieser Interessen-Rückstände geltend gemacht werden könne (allg. österr. Ger. Zeit. 1854, Nr. 16).

erhielt, oder bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit Kenntniß erhalten konnte *).

2) Ingleichen kann derjenige, oder im Wege der Verjährung von einer Verbindlichkeit befreit wurde, diese aber noch nicht aus den öffentlichen Büchern löschen ließ (§. 1499), die Einwendung der Verjährung dem redlichen Particularnachfolger, der das noch in den öffentlichen Büchern erscheinende Recht im Vertrauen auf dieselben (im eben entwickelten Sinne) nach abgelaufener Verjährung an sich brachte, die Einwendung derselben nicht entgegensetzen **).

§. 1501.

Auf die Verjährung ist, ohne Einwendung der Parteien, von Amts wegen kein Bedacht zu nehmen.

Der aus der Ersitzung oder Verjährung erlangte Vortheil (s. oben S. 758) ist von der Art, daß Jeder, der nur überhaupt über seine Rechte zu disponiren befugt ist, darauf verzichten kann, u. z. sowohl ausdrücklich

---

*) Dieß ist wenigstens in neuerer Zeit die constante Praxis des obersten Gerichtshofes. So wurde wiederholt entschieden, daß die Einwendung des §. 1500 demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit auf ein unbewegliches Gut ersessen hat, von dem neuen Eigenthümer dieses Gutes, welcher dasselbe noch vor der Einverleibung des ersessenen Dienstbarkeitsrechtes an sich gebracht hat, dann nicht entgegengesetzt werden könne, wenn Letzterer zur Zeit der Erwerbung des dienenden Gutes von dem wirklichen factischen Bestande der Dienstbarkeit durch den Augenschein Kenntniß hatte, oder sich bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit davon überzeugen konnte, folglich durch die öffentlichen Bücher nicht getäuscht worden ist). Urtheile vom 2. September 1853, Z. 7495, allg. österr. Ger. Zeit. 1854, Nr. 4 und 5, vom 18. October 1851, Z. 5983, ebd. 1853, Nr. 70, vom 26. Juli 1854, Z. 7019, ebd. 1856, Nr. 28, vom 5. August 1856, Z. 5004, ebd. 1856, Nr. 136, und vom 24. September 1856, Z. 6504, Gerichtshalle 1857, Nr. 31). — Vgl. übrigens auch die Entscheidungen vom 29. März 1856, Z. 1939 in der allg. österr. Ger. Zeit. Nr. 54 und vom 11. Mai 1856, Z. 1472, ebd. 1856, Nr. 68, dann den von Turnes in der Beilage zu Nr. 271 der allg. österr. Ger. Zeit. v. J. 1851 mitgetheilten Rechtsfall, und den Rechtsfall von Hückel über die Servitut des Viehtriebes (im Jurist, Bd. 14. S. 128 und Bd. 19, S. 19).

**) Ueber die Anfrage, ob der §. 1500 des a. b. G. B. auch auf die Verjährung in die öffentlichen Bücher eingetragener Forderungen oder anderer Rechte anzuwenden sei, wurde mit allerh. Entschl. vom 14. März 1846 (Hfd. vom 27. März 1846, Nr. 951 der J. G. S.) die Erläuterung ertheilt, daß auch die Erlöschung eines, in die öffentlichen Bücher eingetragenen Rechtes durch Verjährung demjenigen, welcher dasselbe noch vor dessen Löschung im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht, oder andere, dasselbe beschränkende Rechte darauf erworben hat, zu keinem Nachtheile gereichen könne. Zugleich wurde angeordnet, daß in allen Fällen anhängiger Klagen auf die Löschung eines in die öffentlichen Bücher eingetragenen Rechtes dem Grundbuche oder der Landtafel, wenn der Kläger bei Ueberreichung der Klage oder später schriftlich darum ansucht, die Bemerkung: daß die eingetragene Post streitig sei, sogleich eingeschaltet, nach geendigtem Processe aber diese Anmerkung oder das für erloschen erklärte Recht mit allen auf dasselbe später etwa erwirkten Einverleibungen und Vormerkungen auf Verlangen der Theilnehmenden gelöscht werden solle. Diese Vorschrift ist übrigens in den Anhang zum a. b. G. B. für Ungarn u. s. w. und für Siebenbürgen nicht aufgenommen.

als stillschweigend, im letzten Falle aber insbesondere dadurch, daß er von der ihm zustehenden Einwendung der Ersitzung oder Verjährung (s. oben S. 758) keinen Gebrauch macht. Schon deßhalb darf der Richter auf dieselbe von Amtswegen keinen Bedacht nehmen, noch mehr aber wurzelt diese Verfügung in der, dem österreichischen Processe überhaupt zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime. Als eine solche stillschweigende Verzichtleistung kann auch die Zahlung einer verjährten Schuld angesehen werden, deren Rückforderung daher nach §. 1432 nicht Platz greift.

§. 1502.

Der Verjährung kann weder im voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist, als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden.

Entsagung oder Verlängerung der Verjährung.

Dem (oben S. 694) angegebenen Zwecke des Rechtsinstitutes der Verjährung würde es nicht entsprechen, wenn derselben im Voraus entsagt (vgl. §. 1501) oder eine längere Verjährungsfrist, als die Gesetze bestimmen, von den Parteien bedungen würde; dagegen steht nichts im Wege, sich über eine kürzere Verjährungsfrist, als die gesetzliche, zu vereinigen.

Nach welchen Grundsätzen eine schon vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. angefangene Ersitzung oder Verjährung zu beurtheilen sei, ist bereits Bd. 1, S. 33 d. W. erörtert worden.

Anhang,

das Gesetz über die Ehen der Katholiken

vom 8. Oktober 1856, Nr. 185 des R. G. Bl. betreffend.

Seitdem die Herausgabe dieses Werkes begonnen wurde, ist in einem wichtigen Zweige der österreichischen Gesetzgebung, nämlich in dem Eherechte der Katholiken eine umfassende Aenderung eingetreten, welche es uns zur Pflicht macht, die bezüglichen Reformen wenigstens in Kürze zu berühren. Schon in den k. Patenten v. 4. März 1849, Nr. 151 des R. G. Bl. und v. 18. April 1850, Nr. 156 ebend. angedeutet, wurden dieselben durch das unter dem 18. August 1855 mit dem päpstlichen Stuhle abgeschlossene Concordat näher bezeichnet.

Der Art. X desselben verfügte nämlich, daß der kirchliche Richter über die Ehesachen nach Vorschrift der heiligen Kirchengesetze und namentlich nach den Verordnungen von Trient zu urtheilen, und nur die bürgerlichen Wirkungen der Ehe an den weltlichen Richter zu verweisen habe, und in dem Art. II des kais. Patentes v. 5. November 1855, Nr. 195 des R. G. Bl., wurde ausgesprochen, daß nur, bis die nöthigen Aenderungen der bürgerlichen Gesetze über Eheangelegenheiten kundgemacht würden, die bestehenden Gesetze für die Ehen der Katholiken in Oesterreich in Kraft zu verbleiben, und die Gerichte nach denselben über die bürgerliche Geltung dieser Ehen und die daraus hervorgehenden Rechtswirkungen zu entscheiden hätten. In Ausführnng dieser Bestimmungen wurde sofort an die Ausarbeitung eines neuen Gesetzes über die Ehen der Katholiken in Oesterreich, in soweit die dießfälligen Angelegenheiten dem Bereiche der bürgerlichen Gesetzgebung angehören, geschritten, und dieses mit dem kais. Patente vom 8. October 1856, Nr. 185 des R. G. Bl., kundgemacht*). Zugleich wurde von Sr.

---

*) Dieses Patent ist eigentlich nur ein Kundmachungspatent, wie es gemeiniglich umfangreicheren Gesetzen vorausgeschickt zu werden pflegt, und das eigentliche Gesetz, welches wir in der Folge mit E. G. (Ehegesetz) bezeichnen wollen, ist seltsamer Weise als Anhang I. beigefügt. Ueber diese neue Gesetzgebung vgl.: das Eherecht der Katholiken im Kaiserthume Oesterreich u. s. w. Wien (bei Manz) 1857. — Schulte (Dr. J. Fr.) Erläuterung des Gesetzes über die Ehen der Katholiken im Kaiserthume Oesterreich. Prag 1856, s. Nachtrag u. 2. Aufl. 1857. — Binder (M. J.). Praktisches Handbuch des katholischen Eherechtes, St. Pölten 1857. — Pexa (L. J. v.). Die gesammten gesetzlichen Bestimmungen in Ehesachen u. s. w. Pesth 1857. — Dann mehrere Schriften, die insbesondere für den Gebrauch der Seelsorger bestimmt sind.

Eminenz, dem Cardinalerzbischofe von Wien eine Instructio pro judiciis ecclesiasticis Imperii Austriaci quoad causas matrimoniales ausgearbeitet, welche die Bestimmungen des gemeinen katholischen Kirchenrechtes über die Ehe in bündiger Weise zusammenfaßt. Diese Instruction erhielt am 4. Mai 1855 zu Rom die Approbation mehrerer gelehrten Theologen, und wurde sonach in deutscher Uebersetzung als „Anweisung für die geistlichen Gerichte des Kaiserthums Oesterreich in Betreff der Ehesachen" mit dem Gesetze über die Ehen der Katholiken zugleich im Anhange II. durch das erwähnte Patent v. 8. Octbr. 1856 kundgemacht und daselbst als „kirchliches Ehegesetz" bezeichnet*).

Diese neuen Vorschriften traten mit dem 1. Jänner 1857 in Wirksamkeit, und an diesem Tage haben auch die geistlichen Ehegerichte, dort wo sie bisher nicht bestanden, ihre Wirksamkeit begonnen (Art. I des Patentes v. 8. October 1856), in Folge dessen aber sind die Anordnungen des a. b. G. B. und der Nachträge zu demselben, so wie der verschiedenen Jurisdictionsnormen, in soweit sie mit dem fraglichen Gesetze in Widerspruch stehen, außer Kraft getreten (Art. XIII ebd.). Eine Ausnahme findet nur nach dem zweiten Absatze des o. a. Art. I in sofern statt, als die in Ungarn und Siebenbürgen bestehenden nicht katholischen Ehegerichte bis auf weitere Bestimmung nach den für sie geltenden Vorschriften und Rechtsgewohnheiten vorzugehen haben.

Uebereinstimmend mit dem Grundsatze (§. 5 des a. b. G. B.), daß Gesetze nicht zurückwirken, folglich auf vorher gegangene Handlungen und vorher erworbene Rechte keinen Einfluß üben, verfügt der Art. III des o. a. Patentes, daß Strafen und Rechtsnachtheile, durch welche die Uebertretung der in dem neuen Gesetze aufgestellten Eheverbote geahndet wird, auf Ehen, welche vor dem 1. Jänner 1857 geschlossen worden sind, im Allgemeinen keine Anwendung zu finden haben; dagegen finden sich hinsichtlich der Ungiltigerklärung, Scheidung und Trennung solcher Ehen mancherlei Ausnahmen von dem oben angedeuteten Principe, die wohl durch höhere Rücksichten geboten sein mochten. So bestimmt der Art. IX, daß eine Ehe, welche vor dem 1. Jänner 1857 in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes geschlossen wurde, welcher aber ein nicht zu behebendes Hinderniß des Kirchengesetzes im Wege steht, deßhalb von dem geistlichen Gerichte für ungiltig erklärt werden könne, und daß dieses Urtheil sogar auf die bloß bürgerlichen Rechtsansprüche seine Wirksamkeit äußere, wenn die Vollstreckung desselben von Einem der Ehegatten bei dem zuständigen weltlichen Gerichte nachgesucht wird; doch sind die bürgerlichen Rechtsverhältnisse der Kinder in einem solchen Falle dergestalt zu ordnen, als wäre die Ehe nicht für ungiltig erklärt, sondern getrennt worden, und der Theil, welchem der anständige Unterhalt mangelt, kann, so lange er sich nicht wieder verehelicht, von dem Andern einen durch Vergleich oder richterlichen Ausspruch festzustellenden Jahresbetrag in Anspruch nehmen. Ingleichen kann nicht nur kirchlicher Seits die Nichtigkeit einer sogenannten Civilehe, welche (in Oesterreich oder im Auslande etwa unter der Herrschaft des französischen Rechtes) vor dem mehrgedachten

*) Ungeachtet dieses Ausdruckes, welcher wiederholt auch an andern Stellen und namentlich im §. 3 des E. G. vorkömmt, sind die Ansichten über die Natur und juristische Bedeutung dieses II. Anh. sehr getheilt. Neuerlich hat Harum in seinen Beiträgen zur Erläuterung des a. h. Pat. v. 8. Oct. 1856 (Haimerl's österr. Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, I. S. 25) den Charakter desselben in der Art bezeichnet, daß er sagt, die in Frage stehende Anweisung habe für das bürgerliche Forum den Charakter eines Staatsgesetzes, für das kirchliche Forum erscheine sie ihrem Hauptinhalte nach als doctrinelle Formulirung des gemeinen Kirchenrechtes. — Vgl. auch Pachmann in Haimerl's Mag. Bd. 15, S. 71.

Termine eingegangen wurde, unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ausgesprochen werden, sondern es ist nach Art. VII u. VIII d. o. a. Patentes jeder Theil berechtigt, auch bei dem weltlichen Gerichte die Trennung dieser bürgerlichen Ehe zu verlangen, wiewohl ihm das Gesetz, unter dem er dieselbe abgeschlossen hat, ein solches Befugniß nicht einräumt, wofern er nur beweist, seinerseits nicht Schuld daran zu tragen, daß die Heiligung seiner Verbindung nicht zu Stande kam. — Umgekehrt kann nach Art. X des o. a. Patentes eine ursprünglich ungiltig eingegangene Ehe nach dem 1. Jänner 1857 von einem katholischen Ehetheile nicht mehr bestritten werden, wenn das Ehehinderniß bloß in dem bürgerlichen Rechte begründet war, und der katholischen Kirche fremd ist (wie z. B. die Verurtheilung zu schwerer Kerkerstrafe), und es darf, wenn die gedachte Ehe eine gemischte war, selbst der akatholische Theil, wenn er bei dem weltlichen Gerichte die Trennung seiner Ehe erwirkte, so lange der katholische Theil am Leben ist, sich nur wieder mit einer nicht katholischen Person verehelichen.

Noch weiter dehnt der Art. V die rückwirkende Kraft des neuen Gesetzes aus, indem er bestimmt, daß wenn eine Ehe vor dem 1. Jänner 1857 bereits rechtskräftig von dem weltlichen Gerichte für ungiltig erklärt worden ist, zwar die bürgerlichen Rechtsfolgen dieses Ausspruches fortdauern, daß aber, wofern das betreffende Ehehinderniß dem Kirchenrechte fremd war, die für ungiltig erklärte Ehe in soweit dennoch als giltig zu betrachten sei, daß kein Ehetheil, wenn er der katholischen Religion zugethan ist, vor Ableben des andern Theiles zu einer neuen Ehe schreiten darf, und daß selbst der Verehelichung des nicht katholischen Theiles, wenn die fragliche Ehe eine gemischte war, mit einer katholischen Person das sogenannte Ehehinderniß des Katholicismus, wie es in dem Hofdecrete v. 26. August 1814, Nr. 1099 der J. G. S., und v. 17. Juli 1835 (pol. G. S., Bd. 63, S. 298) begründet erscheint, entgegenstehe. In Consequenz hiermit gestattet dann auch der VI. Art. des o. a. Patentes den Ehegatten, deren vor der Kirche giltige Ehe von dem weltlichen Richter für ungiltig erklärt worden war, sich wieder zu vereinigen, ohne daß eine neuerliche Consenserklärung Platz zu greifen hat; doch wird hierzu erfordert, daß der Grund, aus welchem die Ungiltigkeit von Seite des weltlichen Gerichtes ausgesprochen worden war, behoben worden sei, daß ferner das geistliche Gericht die Ehe als nach dem Kirchengesetze zu Recht bestehend anerkannt habe, und daß die beiden Ehegatten ihren Entschluß, sich wieder zu vereinigen, bei dem ordentlichen Richter zu Protokoll geben. Dieser hat ihre Erklärung aufzunehmen, und sohin den Act von Amtswegen durch das Oberlandesgericht an den obersten Gerichtshof zu befördern. Letzterer hat, wenn keine Bedenken entgegenstehen, das frühere Urtheil, ungeachtet der eingetretenen Rechtskraft, aufzuheben.

Daß die Fragen hinsichtlich der Scheidung sowie der Trennung einer, wenn auch vor dem 1. Jänner 1857 abgeschlossenen Ehe nach Eintritt dieses Termines nur nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen seien, ist zwar nirgends ausdrücklich verfügt, dürfte aber aus Art. XII und XIII des o. a. Patentes mit um so größerer Sicherheit gefolgert werden, als schon die Patente v. 22. April und 22. November 1815, dann vom 23. März 1852, 29. November des n. J., und 29. Mai 1853 bestimmt hatten, daß die Streitigkeiten über die Trennung einer Ehe und über die Scheidung von Tisch und Bett, welche nach der Einführung des a. b. G. B. anhängig würden, nach den in diesem Gesetzbuche enthaltenen Vorschriften zu entscheiden seien, die Ehe mochte unter uns immer für einer Gesetzgebung geschlossen worden sein*).

---

*) Vgl. den Aufsatz in der allg. österr. G. Z. 1856, Nr. 145, 146, 151 u. 152. — Harum, a. a. O.

In Beziehung auf die nach dem letzten December 1856 abzuschließende Ehen gilt nunmehr der Grundsatz des §. 3 des E. G., daß es keinem Katholiken erlaubt ist, sich im Kaiserthume Oesterreich anders zu verehelichen, als mit Beobachtung aller Vorschriften, welche das Kirchengesetz über die Giltigkeit der Ehe aufstellt. Ein katholischer Oesterreicher ist auch bei seiner Verehelichung im Auslande, was seine persönliche Fähigkeit (§. 4 des b. G. B.) betrifft, an die einheimischen Gesetze gebunden.

Bezüglich der Form der Eheschließung bestimmt der §. 74 des E. G., daß er jene Form, welche die Landesgesetze vorschreiben oder gestatten, in soweit zur Richtschnur nehmen könne, als dieselbe den Bedingungen entspricht, an welche das katholische Kirchengesetz in dem Lande, wo die Ehe geschlossen wird, die Giltigkeit der Ehe knüpft. — Ueberdieß hat er, wenn er noch nicht ein volles Jahr im Auslande wohnhaft ist, dafür zu sorgen, daß seine bevorstehende Ehe an jenem Orte des Inlandes, wo er zuletzt seinen Wohnsitz gehabt hat, dreimal verkündet werde. Wenn sohin ein österreichischer Staatsbürger, nachdem er sich im Auslande verehelicht hat, in das Kaiserthum zurückkehrt, so hat er nach §. 75 des E. G. die Vormerkung seiner Ehe in dem Trauungsbuche der Pfarre, wo er seinen Wohnsitz nimmt, zu erwirken. — Sollte umgekehrt ein katholischer Ausländer sich in Oesterreich verehelichen wollen, so kann wohl kein Zweifel darüber obwalten, daß die Form der Eheabschließung nach dem österreichischen Gesetze zu beurtheilen sei. Was aber die persönliche Fähigkeit des fremden Ehewerbers zur Abschließung eines giltigen Ehevertrages betrifft, so dürfte bei dem ganz allgemeinen Wortlaute des §. 3 des E. G. anzunehmen sein, daß sie nach dem Kirchengesetze zu beurtheilen sei, ohne Rücksicht auf die, in den Gesetzen seiner Heimath darüber enthaltenen Bestimmungen. Letztere können kein (bloß bürgerliches) Ehehinderniß begründen, werden aber allerdings als Eheverbote von Wirksamkeit sein*).

Eheverlöbnisse.

Schon der Art. X des Concordates hatte bestimmt, daß in Hinkunft die Kirchengewalt über das Vorhandensein der Eheverlöbnisse, sowie über ihren Einfluß auf die Begründung von Ehehindernissen entscheiden werde; in Folge dessen hat auch §. 2 des E. G. die Competenz der geistlichen Gerichte in Sponsaliensachen anerkannt. Diese halten sich aber hauptsächlich an die Bestimmungen des Conciliums von Trient, und an die Bulle Papst Pius VI., ddo. Vto. Kal. Sept. 1794, welche mit den Worten Auctorem fidei beginnt, und im Abs. 58 die Behauptung, daß die Verlöbnisse ein actus mere civilis seien, als falsch und den Kirchensatzungen zuwiderlaufend verwirft. Ein giltig eingegangenes Eheverlöbniß begründet demnach die Verbindlichkeit zur Eingehung der versprochenen Ehe, jedoch nur in der Art, daß auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zwar nicht durch Zwang, aber durch Ermahnung hingewirkt werden soll, und daß gegen eine Ehe, welche Einer der verlobten Theile mit einer dritten Person

*) Vgl. Dr. Maro: nach welchen Gesetzen ist in Oesterreich die Giltigkeit der Ehen katholischer Ausländer zu beurtheilen? (in Haimerl's Vierteljahrsschrift, Bd. I, S. 62). Ganz richtig bemerkt der Verf., daß ausnahmsweise auch ein Verbot des österr. bürgerl. Rechtes zur Sprache kommen kann, obgleich der Ehewerber einem andern Staate angehört, nämlich bei der Verurtheilung wegen eines Verbrechens, da die Verfügung des §. 27 des Str. G. B. auch für Ausländer gilt, und bei dem Ehebruche, wenn Ein Theil österreichischer Unterthan ist. Wir möchten noch einen dritten Fall hinzufügen, nämlich das Eheverbot des Militärstandes, weil die bezüglichen Anordnungen auch die, im österreichischen Militärdienste befindlichen Ausländer verbinden.

abzuschließen beabsichtigt, von dem andern Theile Einsprache erhoben werden kann, überhaupt aber eine solche Ehe sich als unerlaubt darstellt. Außerdem werden die Verlobten einander zur Bewahrung der Treue verpflichtet, und es kann zwischen dem Einen Verlobten und den Blutsverwandten des Andern im ersten Grade der canonischen Berechnung (also Eltern, Kindern und Geschwistern) keine giltige Ehe zu Stande kommen. Ueber den Ersatz des Schadens, welchen ein oder der andere Theil aus dem Rücktritte von einem Eheverlöbnisse zu leiden, beweisen kann, hat das geistliche Ehegericht nur auf Anlangen mindestens Eines Theiles zu erkennen, doch bleibt auch in diesem Falle dem Verletzten vorbehalten, bei dem weltlichen Richter Klage zu führen, und dieser hat nach den §§. 45 u. 46 des a. b. G. B. mit Rücksicht auf die Verbote des neuen Gesetzes zu entscheiden, also einem Eheverlöbnisse, welches einem dieser Verbote zuwiderliefe, auch jede bürgerliche Wirkung zu versagen.

Fähigkeit zur Schließung einer Ehe.

Die Fähigkeit zur Schließung einer giltigen Ehe kömmt gegenwärtig bezüglich der Katholiken lediglich nach dem Kirchengesetze zu beurtheilen. Die rein bürgerlichen Ehehindernisse (Bd. 1, S. 201 d. W.) haben daher aufgehört, diese Wirkung zu äußern, und es kann nur mehr von bürgerlichen Eheverboten die Rede sein, die denn auch in den §§. 4—20 des E. G. ihre Aufnahme gefunden haben.

Ein solches Eheverbot begründet zuvörderst die Unmündigkeit, die in bürgerlicher Beziehung ohne Unterschied des Geschlechtes bis zum vollendeten 14ten Jahre dauert. Die Nachsicht von diesem Verbote, die z. B. bei vorgekommener Schwängerung wünschenswerth sein könnte, ist nach §. 37 des E. G. dem Landesfürsten vorbehalten. Im Falle einer gegen dieses Verbot eingegangenen, jedoch nach dem Kirchengesetze giltigen Ehe soll der Unmündige (wohl aus Sanitätsrücksichten) von dem andern Theile bis zur erreichten Mündigkeit abgesondert werden (§. 33 d. E. G.), und wäre auch die Einwilligung der Eltern nicht vorhanden gewesen, so käme überdieß die später zu erwähnende Vorschrift des §. 32 des E. G. zur Anwendung.

Bezüglich des Eheverbotes der Minderjährigkeit stimmen die §§. 5—9 des des E. G. im Wesentlichen mit den Vorschriften der §§. 49—53 des a. b. G. B. überein. Insbesondere verfügt §. 7 des E. G., daß die Frage, wessen Einwilligung ein minderjähriger Ausländer zur Eingehung einer Ehe beizubringen habe, nach den Gesetzen des Landes, welchem derselbe angehört, zu beantworten sei. Dagegen ist die Bestimmung des §. 51 des a. b. G. B., welche für den Fall, daß der fremde Minderjährige wegen eingetretener Kriegsereignisse u. dgl. die erforderliche Einwilligung aus seiner Heimat nicht beizubringen vermag, eine Erleichterung gewährte, in das neue Gesetz nicht aufgenommen worden. Zu den Gründen, aus welchen einem Minderjährigen oder Pflegebefohlenen die Einwilligung der Ehe mit Recht versagt werden kann, fügt §. 9 des E. G. noch hinzu: erwiesene und offenkundige schlechte Grundsätze desjenigen, mit welchem die Ehe eingegangen werden will, weil auch unter dieser Voraussetzung ein glücklicher Erfolg derselben sich nicht erwarten läßt.

Das in dem §. 54 des a. b. G. B. angedeutete Ehe-Hinderniß des Militärstandes ist als Eheverbot in den §. 10 des E. G. aufgenommen, der §. 11 aber berührt das im a. b. G. B. nicht erwähnte Verbot des mangelnden politischen Consenses und der nicht geschehenen Meldung ihrer bevorstehenden Verehelichung von Seite der Civilbeamten*). Im §. 12 ebd. geschieht nebst der Verurtheilung zum schweren Kerker,

*) Vergleiche mein Handb. der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde,

auch der Todesstrafe Erwähnung; es ist ferner als der Anfangspunct der Unfähigkeit zur Eingehung einer erlaubten Ehe der Zeitpunct (nicht der Tag, wie es im §. 61 des a. b. G. B. heißt) des angekündigten Urtheiles angegeben, und hervorgehoben, daß diese Unfähigkeit nicht nur mit der wirklich ausgestandenen Strafe, sondern auch mit der eingetretenen Begnadigung endigt. Hiedurch sind so manche Zweifel beseitigt, welche über die Anordnung des oberwähnten Paragraphen rege gemacht wurden, und zwar in einem Sinne, wie sie eine richtige Auslegung desselben schon früher zu lösen vermochte; dagegen blieben die Fragen unberührt, ob auch ein standrechtliches Urtheil, sowie ein in contumaciam geschöpftes oder ein von einem ausländischen Strafrichter gefälltes Erkenntniß die gleichen Wirkungen hervorbringe, und was dann zu gelten habe, wenn eine Wiederaufnahme der Untersuchung stattfindet? (Vgl. hierüber Bd. 1, S. 225 d. W.).

Der Ehebruch bildet, wenn er nicht von jenen Nebenumständen begleitet ist, welche ihn nach dem Kirchengesetze zu einem Ehehindernisse machen, nur dann ein Eheverbot, wenn er gerichtlich erwiesen ist (§. 13 des E. G.) Schon der Hofkanzleierlaß vom 6. December 1833 hatte dießfalls bestimmt, daß ein vor dem Seelsorger oder einer geistlichen Behörde abgelegtes Geständniß zum Beweise eines begangenen Ehebruches nicht als hinreichend anzusehen, dagegen ein bei einer politischen Behörde abgelegtes, mit den gesetzlichen Erfordernissen versehenes, actenmäßig gewordenes Geständniß zu diesem Beweise für genügend zu erachten sei. Letztere Bestimmung ist nun hinweggefallen, weil die den politischen Behörden in schweren Polizeiübertretungen zugestandene Wirksamkeit an die Strafgerichte übergegangen ist. Daß auch gegenwärtig der Ehebruch vor geschlossener Ehe bewiesen sein müsse, dürfte nach dem Geiste dieser gesetzlichen Verfügung keinem Zweifel unterliegen, wiewohl es aus dem Wortlaute derselben nicht so deutlich, wie aus §. 67 des a. b. G. B. zu ersehen ist.

Abschließung der Ehe.

Die Abschließung der Ehe wird durch die Verkündigung derselben (das Aufgebot) vorbereitet. Dieses ist ein kirchlicher Act und die Form desselben wird daher gegenwärtig durch das Kirchengesetz bestimmt. Nichts desto weniger mußte aber auch die bürgerliche Gesetzgebung darauf einen entsprechenden Einfluß nehmen, den die §§. 14—17 des E. G. nahezu in Uebereinstimmung mit den §§. 70, 72 u. 73 des b. G. B. regeln. Bezüglich der gemischten Ehen scheint der Minist.-Erl. v. 30. Jänner 1849, Nr. 107 des R. G. Bl. (s. Bd. 1, S. 251 d. W.) durch den §. 15 des E. G. aufgehoben worden zu sein, da dieser Paragraph nur solcher besonderer Vorschriften erwähnt, welche für einzelne Länder bestehen (es sollte wohl richtiger heißen: erlassen werden), während jenes Gesetz als ein allgemeines angesehen werden müßte *).

Was die feierliche Erklärung der Einwilligung betrifft, so ist in Ansehung derselben durch das neue Gesetz im Wesentlichen nichts geändert worden. Die Trauung gemischter Ehen muß in der Regel nach §. 19 dieses Gesetzes, so wie nach §. 77 des a. B. G. B., von dem katholischen Seelsorger vorgenommen werden. Dieser ist durch das Breve des römischen Stuhles vom 30. April 1841 an den Primas, die Erzbischöfe und Bischöfe im Königreiche Ungarn und dessen ehemaligen Nebenländern (welches mit dem Decrete der ungarischen Hofkanzlei vom 12. October 1841 das Placetum regium erhielt), und durch die Instruction vom 22. Mai 1841 an die Erzbischöfe und Bischöfe

*) S. Pachmann, a. a. O. S. 80 u. Schulte, a. a. O. S. 60.

der zum deutschen Bunde gehörigen Länder Oesterreichs, welche mit a. h. Cab. Schreiben vom 24. August 1841 genehmigt und durch das Hofkanzleidecret vom 8. Aug. 1842 auch den galizischen Bischöfen als Richtschnur vorgeschrieben wurde, angewiesen, wenn für solche Ehen keine Dispens erwirkt wurde, die sogenannte passive Assistenz zu leisten, d. h. ihrer Abschließung ohne allen kirchlichen Ritus blos als qualificirter und besonders glaubwürdiger Zeugen beizuwohnen, damit er nach vernommener Zustimmung beider Gatten den giltig vollzogenen Act seiner Pflicht gemäß in das Trauungsbuch eintragen könne. — In Ungarn kann sogar die Erklärung der Einwilligung bei den in Frage stehenden gemischten Ehen vor dem akatholischen Seelsorger erfolgen, indem daselbst die Anweisung des heiligen Stuhles zu dem oberwähnten Breve vom nämlichen Datum ausdrücklich bestimmt, „daß die Bischöfe und Pfarrer mit Rücksicht auf die früheren und auf die jetzt obwaltenden Umstände in solchen Fällen ein vorsichtiges Schweigen beobachten und derlei obschon verbotene Ehen als giltig ansehen sollen." In Folge dessen hat auch der dritte Gesetzartikel des Reichstages vom Jahre 1844, §. 2 gestattet, daß bei Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken die Einwilligung auch vor dem ordentlichen Seelsorger des nichtkatholischen Theiles erklärt, und von diesem die Trauung vorgenommen werde, was sowohl der Art. IV. des Einführungspatentes zum a. b. G. B. vom 29. November 1852, als der mehrgedachte §. 19 des neuen E. G. bestätiget hat.

Bei Bestimmung der Vorsichten, welche der zur Trauung berufene Seelsorger zu beobachten hat, damit nicht eine ungiltige Ehe eingegangen werde, folgt der §. 21 des E. G. ganz dem §. 78 des a. b. G. B. und dem Hofd. vom 22. December 1826, Nr. 2243 d. J. G. S. (Nr. 20 des Anh. zum a. b. G. B. für Ungarn u. s. w.) Dagegen haben die Vorschriften der §§. 112—114 dieses Gesetzbuches über die Todeserklärung zum Behufe der Wiederverehelichung in den §§. 22—27 des E. G. einige wesentliche Modificationen erfahren. Der eigentliche Schwerpunct in Ansehung derselben ist nämlich nunmehr in die Entscheidung der geistlichen Gerichtshöfe gelegt. Finden diese, ungeachtet der durchgeführten Verhandlung den Tod des Verschollenen noch zweifelhaft, so hat der oberste Gerichtshof, seine Ansicht mag wie immer geartet sein, das Gesuch um Todeserklärung abzuweisen; streng genommen steht also dem gedachten Gerichtshofe keine selbstständige Entscheidung zu, sondern er hat nur den Ausspruch des geistlichen Richters zu vollziehen. Eben deßhalb glauben wir aber, daß sich diese Bestimmung nur auf die Frage der Eingehung einer neuen Ehe beziehen könne, und daß, wenn auch diese nicht bewilligt wurde, die Todeserklärung dennoch zum Behufe der Geltendmachung des Erbrechtes und dgl. nach den Vorschriften der §§. 24 277 und 278 des a. b. G. B. erwirkt werden könne.

Die in dem E. G. enthaltenen Vorschriften über die bei der Todeserklärung zu beobachtenden Vorsichten lauten nun folgendermaßen:

Wenn ein Gatte während der durch §. 24 des a. b. G. B. bestimmten Zeit abwesend, und seine Abwesenheit von Umständen begleitet ist, welche keinen Grund übrig lassen, an dem Tode desselben zu zweifeln, so kann der zurückgelassene Theil bei dem Gerichtshofe, in dessen Bezirke er seinen Wohnsitz hat, zum Zweck der Wiederverehelichung die Erklärung nachsuchen, daß der Abwesende für todt zu halten sei. (§. 23 des E. G.).

Nach diesem Gesuche wird ein Curator zur Erforschung des Abwesenden aufgestellt, und letzterer durch ein Edict mit dem Beisatze vorgeladen, daß das Gericht, wenn er während der angesetzten Zeit nicht erscheine, oder dasselbe auf andere Art in die Kenntniß seines Lebens setze, zur Todeserklärung schreiten werde. Das Edict ist auf ein ganzes

Jahr zu stellen, und in die öffentlichen Blätter des Inlandes, nach Umständen auch des Auslandes, wenigstens dreimal einzurücken. (§. 24 ebd.)

Ist dieser Zeitraum fruchtlos verstrichen, so hat auf wiederholtes Ansuchen, des zurückgelassenen Ehegatten das Gericht nach gepflogener Verhandlung zu erkennen, ob das Gesuch zu bewilligen sei, oder nicht. Das Erkenntniß ist dem Obergerichte vorzulegen, welches die Acten dem Bischofe der Diöcese, wo der Bittsteller seinen Wohnsitz hat, mittheilen wird. Wenn sowohl die erste Instanz, als das Obergericht wider die Todeserklärung entscheidet, und der Bischof sich damit einverstanden erklärt, so ist das Gesuch abzuweisen. Gegen eine solche Entscheidung findet keine weitere Berufung Statt. (§. 25. ebd.)

In allen übrigen Fällen sind die Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz sammt den Acten dem obersten Gerichtshofe vorzulegen. (§. 26 ebd.)

Hat der Bischof sich für die Todeserklärung ausgesprochen, so hat der oberste Gerichtshof eine entgiltige Entscheidung zu fällen. Ist der Ausspruch des Bischofes im Widerspruche mit den Erkenntnissen der unteren Instanzen gegen die Todeserklärung ausgefallen, so hat der oberste Gerichtshof, wenn er der Erklärung des Bischofes beitritt, auf die Abweisung des Gesuches zu erkennen. Falls dieser Gerichtshof aber dem Bischofe nicht beistimmen könnte, hat er die Verhandlung dem Metropolitangerichte mitzutheilen. Ist dieses Gericht mit der Meinung des Bischofes einverstanden, so soll das Gesuch um Todeserklärung vom obersten Gerichtshofe abgewiesen werden. Im entgegengesetzten Falle ist der Gegenstand vom Metropolitangerichte der dritten kirchlichen Instanz in Ehesachen vorzulegen, deren Ausspruch dann für die Entscheidung des obersten Gerichtshofes maßgebend zu sein hat. (§. 27 ebd.) Hierbei kömmt nur zu bemerken, daß dort, wo der Metropolit selbst die erste Instanz bildet, der Ausdruck „Metropolitangericht" auf jenes geistliche Gericht zu beziehen sei, welches für die Erkenntnisse der Erzdiöcese als zweite Instanz bestimmt wurde *).

Die in den §§. 28 — 30 des Ehegesetzes enthaltenen Verfügungen über die Führung der Trauungsbücher stimmen im Wesentlichen mit jenen der §§. 80—82 des a. b. G. B. überein.

Als ein besonderer Zusatz verdient nur hervorgehoben zu werden, daß in dem Falle, als die Erklärung der Einwilligung vor dem Bischofe selbst, oder vor einem von demselben unmittelbar ermächtigten Priester statt findet, der Pfarrer davon in Kenntniß zu setzen ist, damit er die Schließung der Ehe in der vorgeschriebenen Weise in das Trauungsbuch eintragen könne (§. 28 des E. G.).

Wirkungen der Ehe.

Die aus der Ehe entspringenden bürgerlichen Rechtswirkungen sind zu Folge der Anordnung des §. 31 des E. G. nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen, in soweit nicht hierüber in dem Ehegesetze selbst besondere Bestimmungen enthalten sind. Ueber die Tragweite dieser Verfügung hat Harum (in Haimerl's Vierteljahrsschrift Bd. 1, S. 32) eine sehr gründliche Untersuchung angestellt; der Verfasser rechnet zu den bürgerlichen Wirkungen der Ehe alle vermögensrechtlichen Folgen, derselben (Unterhalts-, Erb- und vertragsmäßige Ansprüche der Gatten und Kinder) den Uebergang der Standesrechte und dessen, was weiter damit zusammenhängt (als: Gerichtsstand, Gemeindeangehörigkeit, Staatsbürgerschaft) auf Gattin und Kinder; die

*) S. Schulte, a. a. O. S. 68.

Legitimation unehelicher Kinder durch die nachfolgende Ehe; die Vermuthung der ehelichen Geburt nach §. 138 des a. b. G. B.; das Erziehungsrecht der Eltern und die väterliche Gewalt des Mannes; endlich gewisse Folgen, die dem Proceßrechte und dem Strafrechte angehören (Bedenklichkeit der Zeugenschaft, Berufungsrecht, Berechtigung zur Strafverfolgung u. dgl.). Keineswegs aber kann die persönliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten und die daraus hervorgehenden Verpflichtungen (zur Leistung der ehelichen Pflicht, Treue und anständiger Begegnung) zu den blos bürgerlichen Wirkungen der Ehe gezählt werden, da sie vielmehr zum Wesen der Ehe gehören, und als eine sittliche und religiöse Wirkung derselben angesehen werden müssen *).

Folgen der Uebertretung der Eheverbote.

Da das Ehehinderniß der Minderjährigkeit, wie es in den §§. 49 bis 53 des a. b. G. B. festgestellt erscheint, dem Kirchenrechte fremd ist, und demnach gegenwärtig nur als ein Eheverbot sich darstellt, so suchte die Gesetzgebung in anderer Weise zu verhüten, daß Ehen von Minderjährigen ohne Einwilligung ihres Vaters oder nach Umständen des Gerichtes geschlossen werden; sie hat daher nicht nur die Bestimmung der §§. 1221 und 1232 des a. b. G. B. im §. 32 des E. G. aufrecht erhalten, vermöge welcher die Eltern nicht verpflichtet sind, ihren Kindern ein Heirathsgut oder eine Ausstattung zu geben, wenn sie sich ohne ihr Wissen oder gegen ihren Willen verheirathen, und das Gericht die Ursache der Mißbilligung der eingegangenen Ehe gegründet findet, sondern sie hat auch noch dem Vater, sowie der Mutter und den Großeltern, wenn der Minderjährige unter ihrer Vormundschaft stand, das Recht eingeräumt, denselben zu enterben, und zwar steht dem Vater dieses Recht im ganzen Umfange, den übrigen oben genannten Personen aber nur bis zur Hälfte des Pflichttheiles zu. Eine spätere Einwilligung hebt übrigens sowohl das Enterbungsrecht, als auch die geschehene Enterbung, jedoch nur dann auf, wenn sie schriftlich, oder mit Beobachtung der zur Giltigkeit letztwilliger Anordnungen vorgeschriebenen Form erklärt worden ist**). Eine bloße Versöhnung kann noch nicht als eine Genehmigung der Ehe oder als ein Widerruf der Enterbung angesehen werden. Eine ganz eigenthümliche Wirkung enthält der §. 34 d. E. G. bezüglich derjenigen Ehen, welche von zwei Personen eingegangen wurde, die mit einander einen Ehebruch begangen haben, welcher jedoch weder mit einem vorläufigen Eheversprechen, noch mit Lebensnachstellungen gegen den Gatten des ehebrecherischen Theiles verbunden war, und daher nach canonischem Rechte der neuen Ehe nicht im Wege steht. Eine solche Verbindung ist zwar auch bürgerlicher Seits immerhin als eine giltige Ehe zu betrachten, es entfallen aber die meisten Wirkungen, welche sonst eine giltige Ehe hervorbringt; die Ehepacte sind ungiltig, die Ehegatten können die in den §§. 757—759 des a. b. G. B festgesetzten Erbrechte nicht geltend machen, Gattin und Kinder haben keinen Anspruch auf den Adel oder die sonstigen Standesrechte des Mannes; die in einer solchen Ehe erzeugten, oder durch dieselben legitimirten Kinder sind von der Erlangung desjenigen Vermögens ausgeschlossen, welches durch Familienanordnungen der ehelichen Nachkommenschaft besonders vorbehalten ist, und haben kein Recht der Intestaterbfolge

---

*) Der Verfasser folgert hieraus, daß der Staat die gänzliche Aufhebung dieser Lebensgemeinschaft beim Fortbestande des Ehebandes wenigstens direct nicht verfügen könne. S. a. a. O. S. 36 ff.

**) Vgl. hierüber die sehr treffenden Bemerkungen Graßl's in seiner Abhandlung zur Lehre von der Enterbung nach österreichischem Rechte (Haimerl's Vierteljahrsschrift Bd. 1, S. 4, §. 21.)

in dem Vermögen der Verwandten ihrer Eltern, welchen Verwandten jedoch auch ihrerseits kein Recht der gesetzlichen Erbfolge in dem Vermögen solcher Kinder zusteht.

Die Uebertretung der in dem bürgerlichen Rechte (§§. 4—10 und 12—22 des E. G.) aufgestellten Verbote zieht nach §. 35 ebend. dieselben Strafen nach sich, welche die §§. 507 des allgem. und 780 und 781 des Militärstrafgesetzes auf die Eingehung einer gesetzwidrigen Ehe androhen, insoferne nicht eine, schwererer Strafe unterliegende Handlung dadurch begründet wurde. Ist die Ehe im Auslande eingegangen worden, so hat schon nach §§. 235 und 507 des St. G. B. die Behandlung ohne Rücksicht auf die Gesetze des Landes, wo die Uebertretung stattfand, nach dem österreichischen Gesetze einzutreten, es ist aber auch anderseits nach §. 531 ebend. die Verjährung der Strafe nicht ausgeschlossen, nur beginnt dieselbe nicht schon von dem Zeitpuncte der verübten strafbaren Handlung, sondern erst von dem Tage der Rückkehr des Schuldigen in die österreichischen Staaten. Die Außerachtlassung der Vorschriften über den sogenannten politischen Eheconsens (§. 11 des E. G.) ist dagegen nach dem Ministerial-Erlaß vom 28. December 1852, Nr. 21 des R. G. Bl. als eine Uebertretung einer politischen Vorschrift von den politischen Behörden in angemessener Weise zu ahnden und die Verheirathung eines Beamten ohne vorausgegangene Meldung bei seinem Vorgesetzten macht die Witwen und Waisen desselben jeden Anspruches auf Versorgung verlustig (Hfd. vom 29. Juli 1800).

Nachsicht von Ehehindernissen.

Während nach dem a. b. G. B. (§§. 83 und 84) die Nachsicht von Ehehindernissen bei der Landesstelle angesucht werden mußte, steht die Ertheilung derselben gegenwärtig nur der Kirchengewalt zu (§. 36 des E. G.) Dagegen kann die Dispens von einem bürgerlichen Eheverbote, in soweit sie überhaupt zulässig ist, von der weltlichen Autorität, und zwar in der Regel blos vom Landesfürsten erwirkt werden (§. 37 ebend.). Als dispensabel bezeichnet aber das Gesetz das Eheverbot der Unmündigkeit (§. 4 ebend.), der Verurtheilung zu einer schweren Criminalstrafe (§. 12 ebd.) und des Ehebruchs (§. 13 ebend.). Bei dem Eheverbote der Minderjährigkeit (§§. 5—9 ebd.) findet hingegen keine Nachsicht Statt, weil dadurch in die Rechte dritter Personen eingegriffen würde, und das Verbot des Militärstandes (§. 10 ebd.) kann nur auf dem in den betreffenden Gesetzen selbst vorgezeichneten Wege behoben werden (Hofkriegsraths-Verordn. vom 1. Aug. 1801, 3. März 1803 und 3. April 1818).

Die Erleichterungen, welche die §§. 38—40 ebd. hinsichtlich der Dispens vom Aufgebote enthalten, stimmen im Wesentlichen mit den §§. 85—87 des a. b. G. B. überein; nur wird immer vorausgesetzt, daß zugleich auch die kirchliche Behörde Nachsicht ertheilt habe.

Die Convalidation der Ehe, die bald mit, bald ohne Erneuerung des Consenses stattfinden kann, ist ganz dem kirchlichen Bereiche überlassen, und der §. 36 des E. G. wiederholt nur die schon im §. 88 des a. b. G. B. ausgesprochene Verfügung, daß eine convalidirte Ehe so zu betrachten sei, als wäre sie ursprünglich giltig geschlossen worden.

Endlich können durch die Nachsicht des Landesfürsten auch jene nachtheiligen Wirkungen behoben werden, welche mit einer zwar nicht ungiltigen, aber mit Uebertretung des §. 13 des E. G. (bezüglich des Ehebruches) eingegangenen unerlaubten Ehe nach §. 34 ebd. verknüpft sind (§. 37 ebd.).

Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

a) Ungiltigerklärung der Ehe.

Gleich dem §. 93 des a. b. G. B. enthält der §. 41 des E. G. den Grundsatz, daß es den Ehegatten, auch wenn sie darüber einig sind, nicht gestattet sei, die eheliche Verbindung eigenmächtig aufzuheben, sie mögen die Ungiltigkeit der Ehe behaupten, oder auch nur eine Scheidung von Tisch und Bett vornehmen wollen; — es muß vielmehr eine gerichtliche Verhandlung Platz greifen, durch welche allein jenen vielfältigen Mißbräuchen gesteuert werden kann, welche sonst bei dem schrankenlosen Walten der Privatwillkür unfehlbar eintreten würden. Hierbei kommt nun die Ungiltigkeitserklärung der Ehe und die Scheidung von Tisch und Bett abgesondert in Betracht zu ziehen, da für beide Fälle wesentlich abweichende Vorschriften Platz greifen; im Allgemeinen aber muß bemerkt werden, daß beide Arten von Eheangelegenheiten der Regel nach vor die geistlichen Ehegerichte gehören (§§. 42 u. 59 des E. G.), und daß der weltliche Richter nur in soweit einzuschreiten hat, als es sich um die bürgerlichen Rechtswirkungen handelt, die aus einem von dem kirchlichen Gerichte geschöpften Erkenntnisse hervorgehen sollen.

Nähere Bestimmungen enthalten zuförderst die §§. 43—56 des E. G. in Beziehung auf die Ungiltigerklärung der Ehe. Diese kann auch bei jenen (gemischten) Ehen, welche ursprünglich zwischen katholischen und nichtkatholischen Christen geschlossen wurden, so lange Ein Theil der katholischen Kirche angehört, nur durch das katholische Ehegericht erfolgen (§. 43 ebend.); der akatholische Theil hat sich dadurch, daß er eine solche gemischte Ehe einging, den strengeren Bestimmungen des katholischen Eherechtes unterworfen, er kann sich daher auch nicht beklagen, wenn er nach denselben behandelt wird. Ist dagegen der katholische Theil zur akatholischen Religion übergetreten, wornach dann beide Gatten einer solchen Confession angehören, so entscheidet über die Giltigkeit ihrer Ehe, nach §. 56 ebend., dasjenige Gericht, welches für die Ehesachen ihrer Glaubensverwandten das zuständige ist, mithin in Ungarn und Siebenbürgen das akatholische geistliche, in den übrigen Kronländern das weltliche Gericht; doch können in einem solchen Falle die Ehehindernisse, welche dem Kirchengesetze fremd sind (z. B. der Minderjährigkeit, des Militärstandes, der Schwangerschaft von einem Dritten, der Verurtheilung zu einer schweren Criminalstrafe, des mangelnden Aufgebotes u. dgl.), als Grund der Ungiltigkeit nicht geltend gemacht werden, weil auf den Zeitpunct der eingegangen Ehe, als den entscheidenden, Rücksicht genommen werden muß. Das Nämliche hat zu gelten, wenn bei einer ursprünglich zwischen Katholiken abgeschlossenen Ehe beide Theile die katholische Kirche verlassen haben; ist nur Ein Theil übergetreten, so dürfte dagegen vielmehr der §. 43 zur Anwendung kommen, da durch den einseitigen Uebertritt an dem Standpuncte, nach welchem die Giltigkeit der Ehe zu beurtheilen kommt, nichts geändert werden kann.

Ist von zwei Gatten, welche sich als Nichtkatholiken geehelicht haben, Einer in die katholische Kirche eingetreten, so ist an dem, schon im §. 116 unseres a. b. G. B. aufgestellten Grundsatze festgehalten worden, daß der akatholisch gebliebene Ehetheil durch den einseitigen Uebertritt des Andern in seinen ursprünglich erworbenen Rechten nicht verkürzt werden soll. Deßhalb gestattet ihm der §. 44 des E. G. die Bestreitungsklage vor seinem Gerichte anzubringen, und dabei das Ehegesetz, welchem er nach seinem Religionsbekenntnisse untersteht (also z. B. das a. b. G. B., oder das Kirchengesetz der nicht unirten Griechen in Ungarn und Siebenbürgen), zur Grundlage zu nehmen. Fällt das Urtheil auf Ungiltigkeit aus, so kann daher der Akatholike zu einer neuen Ehe

schreiten. Nicht das Gleiche gilt aber von dem katholisch gewordenen Theile. Dieser darf die Ehe nur dann als ungiltig betrachten, wenn sie von seinem kirchlichen Gerichte als solche erklärt wurde. Deßhalb ist das von dem Gerichte des akatholischen Theiles gefällte Urtheil durch Vermittlung der Landesstelle dem geistlichen Gerichte des katholischen Ehegatten mitzutheilen, und hier kann es nun allerdings geschehen, daß der letztgedachte Richter für die Giltigkeit der Ehe entscheidet, wenn nämlich das derselben entgegenstehende Hinderniß dem Kirchengesetze fremd ist. Die Folge davon wird sein, daß der katholische Theil seinerseits zu keinem neuen Ehebunde schreiten kann; dieß tritt aber auch im Falle des §. 116 des a. b. G. B. ein, und ist eine Folge, welcher sich der Katholik nach seinen Religionsgrundsätzen eben unterwerfen muß. Dieser kann aber auch anderseits das ihm zustehende Bestreitungsrecht vor seinem (natürlich dem kirchlichen) Gerichte und nach dem Kirchengesetze geltend machen (§. 45 des E. G.), und es ist hier keine ähnliche Verfügung, wie im §. 56 getroffen, daß in einem solchen Falle Hindernisse, welche dem akatholischen Eherechte fremd sind (z. B. der Irrthum in Ansehung des Sclavenstandes, geistliche Verwandtschaft, das sogenannte Hinderniß des Katholicismus u. dgl.), als Grund der Ungiltigkeit nicht angeführt werden dürfen; deßhalb mußte der §. 46 eine andere Anordnung zu Gunsten des nicht katholischen Theiles aufstellen, und ihm das Recht einräumen, auf Grundlage der vom katholischen Ehegerichte ausgesprochenen Ungiltigkeit seiner Ehe die Trennung des Bandes zu verlangen, welches nach seinen confessionellen Grundsätzen noch als giltig besteht. Auf diese Weise ist zu den Trennungsgründen des §. 115 unseres a. b. G. B. noch ein neuer hinzugetreten. Langt nun aber der akatholische Theil nicht um Trennung an, so war ein weiteres Auskunftsmittel nothwendig, um die Unzukömmlichkeiten zu vermeiden, die daraus entstehen würden, daß die Ehe rücksichtlich des einen Theiles als ungiltig, rücksichtlich des andern fortan noch als giltig erschiene. Zu diesem Ende wurde dem katholischen Theile das Recht zuerkannt, bei dem ordentlichen weltlichen Richter darum anzusuchen, daß die bürgerlichen Wirkungen seiner von dem geistlichen Gerichte für ungiltig erklärten Verbindung so geregelt werden, als wäre dieselbe getrennt worden. Es kommen daher nach der Weisung des §. 47 des E. G. im Allgemeinen die Vorschriften der §§. 117, 142 und 1266 (1. Absatz) des a. b. G. B. zur Anwendung, doch findet zu Gunsten des akatholisch gebliebenen Ehetheiles hiervon eine, auf Gründe der höchsten Billigkeit beruhende Ausnahme statt, wofern ihm keine Handlung zur Last fällt, die dem katholischen Gatten, wenn sich der Charakter der Ehe nicht durch den eingetretenen Religionswechsel verändert hätte, zu einer Klage auf Trennung oder Scheidung berechtigt haben würde. Es bleiben ihm nämlich die auf den Fall des Ueberlebens in den Ehepakten zugesicherten Rechte, so lange er während der Lebenszeit des andern Theiles sich nicht verehelicht, vorbehalten. Ueberdieß hat der ordentliche Richter, wenn das dem nicht katholischen Theile nach der Trennung verbleibende Vermögen zum anständigen Unterhalte nicht ausreicht, einen von dem andern Theile zu entrichtenden Betrag mit Rücksicht auf das Vermögen des Letzteren auszumessen. Diese Verpflichtung hört aber mit dem Entfallen des Bedürfnisses oder mit der Wiederverehelichung des nicht katholischen Theiles auf.

Sind bei einer ursprünglich zwischen Akatholiken eingegangenen Ehe beide Theile zur katholischen Religion übergetreten, so kann über die Giltigkeit ihrer Ehe im Einklange mit §. 42 des E. G. (nach §. 48 ebend.) nur das katholische Ehegericht entscheiden, und es hat dabei das katholische Kirchengesetz zur Richtschnur zu nehmen. War die Ehe aber zur Zeit ihrer Abschließung den für die Akatholiken geltenden Ehegesetzen entsprechend (weil das Hinderniß blos in dem katholischen Kirchengesetze

begründet erscheint), so ist es billig, daß die in einer solchen Verbindung erzeugten Kinder als eheliche angesehen werden; sie kommen deßhalb nach dem eben angegebenen Paragraphen so zu behandeln, als wäre die Ehe ihrer Eltern nicht für ungiltig erklärt, sondern dem Bande nach getrennt worden, und in Ansehung der Gatten selbst ist die Pflicht zur Verabreichung des mangelnden anständigen Unterhaltes auf gleiche Weise wie im Schlußsatze des §. 47 aufrecht erhalten worden. Sind zwei Ehegatten, die ursprünglich einer nicht katholischen Confession angehörten, in der Folge aber zur katholischen Kirche übertraten, neuerdings zu dem akatholischen Religionsbekenntnisse zurückgekehrt, so kann nach der Weisung des §. 56 des E. G. für die Ungiltigkeit einer solchen Ehe, ungeachtet die Verhandlung darüber dem akatholischen Ehegerichte zusteht, dennoch kein Grund geltend gemacht werden, welcher dem katholischen Kirchengesetze fremd ist, weil die Ehe durch den Uebertritt der beiden Gatten den Charakter einer katholischen Ehe erlangt hat und diesen in der Folge nicht wieder verlieren kann, zumalen sonst der Religionswechsel leicht als Mittel angewendet werden könnte, sich von dem Bande einer lästig gewordenen Ehe los zu machen.

Die Frage, was dann zu gelten habe, wenn bei einer ursprünglich gemischten Ehe der akatholische Theil zur katholischen Kirche übergetreten ist, dürfte ohne Zweifel dahin zu beantworten sein, daß in diesem Falle der §. 42 des E. G. zur Anwendung zu kommen habe, sowie der §. 43 dann einzutreten hätte, wenn der eine Theil zur katholischen, der andere aber zur akatholischen Confession übergegangen wäre.

Auch eine bereits durch den Tod aufgelöste Ehe kann vor dem kirchlichen Gerichte bestritten und für ungiltig erklärt werden, doch tritt hier die Verfügung des §. 55 des E. G. ein, daß — während sonst das von dem geistlichen Ehegerichte gefällte Erkenntniß auch für die Beurtheilung der bürgerlichen Rechtsverhältnisse entscheidet (§§. 44 und 51 ebend.) — hier das gedachte Urtheil keinen solchen Einfluß übt.

Wenn demnach Jemand zur Begründung von bürgerlichen Rechtsansprüchen die Ungiltigkeit einer Ehe behauptet, welche vor ihrer durch den Tod erfolgten Auflösung entweder gar nicht, oder ohne Erfolg in Frage gestellt wurde, so hat das weltliche Gericht, welchem die Entscheidung über die streitigen Rechte zusteht, zu diesem Zwecke auch die Giltigkeit der Ehe zu beurtheilen und die Entscheidung desselben ist für die blos bürgerlichen Wirkungen der Ehe maßgebend. Bei dieser Verhandlung hat der weltliche Richter, wenn die Ehe nach der Kundmachung des neuen Gesetzes geschlossen, oder zwar früher geschlossen, aber über diesen Zeitpunct hinaus fortgesetzt wurde, das katholische Kirchengesetz zur Richtschnur seiner Beurtheilung zu nehmen. Doch ist in solchem Falle die Geltendmachung der Hindernisse der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft aus erlaubtem Umgange im dritten und vierten Grade, der geistlichen Verwandtschaft, der Schwägerschaft aus unerlaubtem Umgange, außer wenn zu besorgen stünde, daß in Folge des unreinen Verhältnisses die Ehewerber mit einander in gerader Linie verwandt seien, — der Forderung der öffentlichen Sittlichkeit im dritten und vierten Grade aus einer giltigen, doch nicht vollzogenen Ehe, und jener Forderung der öffentlichen Sittlichkeit, welche aus einer ungiltigen und nicht vollzogenen Ehe, oder aus einem Eheverlöbnisse hervorgeht (§. 80 der Anweisung, Anh. II.), ferner jener Hindernisse ausgeschlossen, die bei Lebzeiten entweder thatsächlich (durch Veränderung der obwaltenden Umstände) oder durch die erhaltene Nachsicht behoben wurden, oder die vermöge ihrer privatrechtlichen Natur nur von den Ehegatten hätten angeregt werden können. Der Grund dieser Ausnahmen ist bei den letztangeführten Voraussetzungen wohl an sich klar, dürfte aber rücksichtlich der erst erwähnten Ehehindernisse darin gelegen sein, daß dieselben dem bisherigen Rechte fremd waren, daher leicht eine schuldlose Unwissenheit derselben eintreten

kann, und daß von denselben in der Regel ohne Schwierigkeit eine kirchliche Dispens zu erlangen ist.

Rücksichtlich der aus einer Schein-Ehe erzeugten Kinder bestimmt der §. 160 unseres a. b. G. B., daß sie den ehelichen dann gleich zu halten sind, wenn wenigstens Einem ihrer Eltern die schuldlose Unwissenheit des Ehehindernisses zu Statten kommt, und dieses nicht in einem schon bestehenden Ehebande, der höheren Weihe, dem feierlichen Gelübde der Ehelosigkeit oder der Religionsverschiedenheit zwischen Christen und Nichtchristen besteht. Die letztere Beschränkung hat nun der §. 50 des E. G. nicht nur für die künftig zu schließenden, sondern auch für jene Ehen aufgehoben, welche über den Zeitpunct der Kundmachung des neuen Gesetzes hinaus fortgesetzt werden, da er verfügt, daß derlei Kinder, auf was immer für Gründen die Ungiltigkeit der Ehe beruhen möge, als eheliche anzusehen seien.

Nicht ganz deutlich ist aber die weitere Bestimmung des §. 51 ebend., daß in dem Falle, als die Ehe wegen eines jener oben angeführten Ehehindernisse für ungiltig erklärt wird, welche der §. 80 der Anweisung (s. oben) aufzählt, die Rechtsverhältnisse der Kinder so zu regeln seien, als hätte eine Trennung des Ehebandes stattgefunden. Offenbar wollte das Gesetz die aus einer solchen Scheinehe hervorgegangenen Kinder begünstigen; worin soll aber diese Begünstigung gelegen sein? Bedarf es hier der schuldlosen Unwissenheit Eines oder beider Elterntheile nicht? dann paßt der Schlußsatz des Paragraphen: „**auch** ist der schuldlose Theil u. s. w." nicht zum Vordersatze; — oder sind derlei Kinder selbst von jenem Vermögen nicht ausgeschlossen, welches durch Familienanordnungen der ehelichen Abstammung insbesondere vorbehalten ist? Dazu fände sich doch wohl kein genügender Grund; — oder soll ihnen ein anderer Vortheil zukommen? dann müßte er deutlicher ausgedrückt sein.

Außerdem ist der schuldlose Theil berechtigt, von dem schuldtragenden eine Entschädigung zu verlangen, über welche, so wie über die Versorgung der Kinder und überhaupt alle aus der Ungiltigerklärung entstehenden Vermögensfragen, dann über die Thatsachen der schuldlosen Unwissenheit in so weit von derselben bürgerliche Rechte abhängen, das weltliche Gericht zu entscheiden hat. (§. 52 des E. G.)

Die im Eheungiltigkeitsproceß gefällten Urtheile können nach allgemeinen Grundsätzen sowohl im Wege der Berufung als der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Für den letzteren Fall bestimmt der §. 54 des E. G., daß, wenn Jemand, sei es auch zur Begründung von blos bürgerlichen Rechtsansprüchen, die Nichtigkeit eines Urtheiles behauptet, welches bei Lebzeiten beider Gatten, oder doch in Folge einer Untersuchung, die bei Lebzeiten beider Gatten anhängig wurde, über die Giltigkeit der Ehe von dem katholischen Ehegerichte gefällt wurde, er sich deßhalb an das geistliche Gericht zu wenden hat.

Die Ungiltigerklärung der Ehe muß, wie schon §. 122 des a. b. G. B. bestimmt, im Trauungsbuche angemerkt werden, u. z., wie der §. 53 des E. G. beifügt, wenn die Ehe an einem dritten Orte, wo keiner von beiden Ehewerbern eingepfarrt war, geschlossen wurde, nicht nur im Trauungsbuche der Pfarre, wo die Eheschließung statt fand, sondern auch in dem des Pfarrers, welcher die Ermächtigung zur Trauung ertheilt hat.

b) Trennung der Ehe.

Die §§. 57 und 58 des E. G. reihen an die Bestimmungen über die Ungiltigerklärung jene über die Trennung einer Ehe. Der erste dieser Paragraphen beruht auf dem Grundsatze, daß der Abfall vom katholischen Glauben nicht als Mittel dienen soll, um sich von einem verhaßt gewordenen Ehebande loszumachen und verfügt: Das Band

einer Ehe, bei deren Eingehung wenigstens Ein Theil der katholischen Kirche angehört hat, kann auch dann nicht getrennt werden, wenn in Folge einer Aenderung des Religionsbekenntnisses beide Theile einer nichtkatholischen Kirche oder Religionsgesellschaft zugethan sind. Ingleichen kann eine Ehetrennung nicht stattfinden, wenn zwei Personen, die sich als nichtkatholische Christen ehelichten, in die katholische Kirche eingetreten sind, sei es auch, daß in der Folge sich beide wieder einem nichtkatholischen Religionsbekenntnisse zugewendet haben. Die in diesem Paragraphen enthaltenen Bestimmungen wurden übrigens schon bei dem Bestande unsers a. b. G. B. von mehreren Auslegern desselben als geltend behauptet*).

Der §. 58 des E. G. berührt den Fall, da eine Ehe dadurch getrennt wird, daß Ein Ehegatte vor Vollziehung derselben in einem vom heiligen Stuhle approbirten Orden das feierliche Gelübde der Ehelosigkeit ablegt**), und weist dem andern Theile das Recht auf den anständigen Unterhalt zu. Für die beiden andern Fälle einer Ehetrennung, wenn bei einer zwar giltig geschlossenen, aber noch nicht vollzogenen Ehe eine päpstliche Nachsicht gewährt wird***), oder wenn bei einer von Ungläubigen geschlossenen Ehe der eine Theil sich zur christlichen Religion bekehrt, und weil der andere Theil sich weigert, mit ihm zusammen zu leben, oder mit ihm nicht ohne Beschimpfung des Christenthums zusammen leben will, zu einer neuen Ehe schreitet †), — ist keine Fürsorge getroffen; es müssen also wohl die §§. 117, 142 und 1266 (2. Absatz) des a. b. G. B. zur analogen Anwendung kommen.

c) Scheidung von Tisch und Bett.

An die Bestimmungen über die Ungiltigerklärung und Trennung der Ehe reihen sich jene über die Scheidung von Tisch und Bett. Nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche wird diese bekanntlich mit oder ohne Einverständniß der Eheleute vorgenommen. Das Kirchengesetz kennt aber eine einverständliche Scheidung nur in dem Falle, wenn beide Gatten, oder Einer von ihnen in einen von dem heiligen Stuhle gut geheißenen Orden eintreten, oder der Mann die höheren Weihen empfangen will, und der im weltlichen Stande zurückbleibende Theil nach dem Ermessen des Bischofs wenigstens die Enthaltsamkeit gelobt ††); die einverständliche Scheidung der §§. 103—106 des a. b. G. B. ist also mit dem neuen Gesetze hinweggefallen. Dagegen kann auch nach den Vorschriften der Kirche einseitig auf Scheidung gedrungen werden, wenn wichtige Gründe dafür vorhanden sind. Die Competenz zur Verhandlung der Scheidungsklagen richtet sich im allgemeinen nach denselben Grundsätzen, welche wir bezüglich der Ungiltigerklärung der Ehe in dem Vorhergehenden kennen gelernt haben. Bei allen katholischen, sowie bei den gemischten Ehen, wenn sie es schon zur Zeit der Eingehung waren, ist die Klage bei dem katholischen Ehegerichte anzubringen (§. 59 des E. G.). Waren beide Theile ursprünglich Akatholiken, ist der Eine Theil aber in der Folge in die katholische Kirche eingetreten, so hat jeder Gatte seine allfällige Scheidungsklage bei demjenigen Gerichte anzubringen, welchem er in Folge seines Religionsbekenntnisses unter-

---

*) Vgl. Dolliner's Abhandlung über die Auflösbarkeit gemischter Ehen unter Christen in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit 1825, Bd. I, S. 7 u. Bd. I, S. 348 u. 349 d. W. — Anderer Meinung ist Ellinger in seinem Handbuche bei der Erläuterung des §. 111.

**) X (3, 32). cap. 2, 7. — Concil. Trident. Sess. XXIV. de sacros. matr. can. 6 — §§. 201—204 der Anweisung, Anh. II.

***) Decr. Causa XXXII, qu. 7, can. 18 — §. 21 der Anweisung, Anh. II.

†) X (4, 19) cap. 7, 8 — §. 23 der Anweisung, Anh. II.

††) X (3, 32) cap. 1, 4, 5, 6, 8, 13, 18. — §. 206 der Anweisung, Anh. II.

steht (§. 66 ebend.). Sind bei einer ursprünglich rein katholischen Ehe beide Gatten, oder ist bei einer ursprünglich gemischten Ehe der katholische Theil zum Akatholicismus übergetreten, so ist zwar ihre Ehe nicht auflösbar, die Scheidung scheint aber hier, da das Gesetz keine ausdrückliche Verfügung darüber enthält, nach den für die nicht katholischen Christen geltenden Grundsätzen und bei dem für dieselben competenten (also außer Ungarn und Siebenbürgen bei dem weltlichen) Richter verlangt werden zu können.

Schon während des Scheidungsprocesses kann der weltliche Richter, vor den überhaupt die das Vermögen betreffenden Streitigkeiten gehören, der Gattin und den Kindern den anständigen Unterhalt anweisen, und bei drohender Gefahr dem klagenden Ehegatten, wie schon der §. 107 des a. b. G. B. verfügt, einen abgesonderten Wohnort gestatten, ja nach Umständen kann dieß sogar von der Sicherheitsbehörde geschehen, doch ist das Ehegericht von der getroffenen Verfügung sogleich in Kenntniß zu setzen (§. 60 des E. G.). Bezüglich der Absonderung des Vermögens, der Versorgung der Kinder und anderer Forderungen der Ehegatten folgt der §. 63 des E. G. nahezu den Bestimmungen der §§. 108 und 117 des a. b. G. B. Ueberdieß gestattet der §. 64 ebend. den Parteien in solchen Fällen das Ehegericht zum Schiedsgerichte zu wählen. Schon nach §. 270 der allg. (§. 349 der ital. und §. 359 der gal.) G. O. muß der Vergleich, durch welchen sich streitenden Theile auf einen Schiedsrichter vereinigen, schriftlich*) errichtet werden; sodann aber kann kein Theil ohne Einwilligung des Andern zurücktreten. Diese Bestimmungen sind auch in den §. 64 des E. G. übergegangen, während aber weiters die §§. 273 und 274 der allg. (§§. 352 und 353 der ital., §§. 362 und 363 der gal.) G. O.**) verfügen, daß eine Berufung gegen den Schiedsspruch nur dann ausgeschlossen sei, wenn sich die Parteien ausdrücklich aller Beschwerdeführung begeben haben, verordnet der erwähnte §. 64 im Gegentheile, daß von dem schiedsrichterlichen Ausspruche überhaupt keine Berufung stattfinde, und nur eine Klage auf Nichtigkeit vor dem ordentlichen Richter angestellt werden könne, ohne jedoch die Nullitätsgründe näher zu bezeichnen.

Das zuständige Ehegericht hat in jedem auf Scheidung lautenden Erkenntnisse auszudrücken, ob und in wie weit beide Ehegatten oder Einer derselben Schuld tragen (§. 61 des E. G.), weil hiervon wichtige civilrechtliche (und auch anderweitige)***) Folgen abhängen. Die ausgesprochene Scheidung ist von dem geistlichen Gerichte der Personalinstanz der Gatten mitzutheilen, und bringt alle Rechtswirkungen hervor, welche nach den bestehenden Gesetzen überhaupt durch die gerichtliche Scheidung begründet werden (§. 62 des E. G.). Auch wenn geschiedene Gatten sich wieder vereinigen, hat das geistliche Ehegericht die Personalinstanz derselben hievon in Kenntniß zu setzen (§. 65 ebend.).

Es ist schon früher bemerkt worden, daß die Trennung einer, von zwei Akatholiken eingegangenen Ehe, vom nicht katholischen Ehegatten auch dann noch verlangt werden könne, wenngleich der andere Theil zur katholischen Religion übergetreten ist (§. 116 des a. b. G. B. und §. 66 des E. G.), doch kann die von dem akatholischen Ehegerichte

*) Der §. 377 der ung. und siebenb. C. Pr. O. gestattet, das Compromiß auch mündlich vor Gericht einzugehen. Da hier die Protokollirung an die Stelle der schriftlichen Ausfertigung tritt, so dürfte auch diese Art der Vergleichserrichtung nicht ausgeschlossen erscheinen.

**) Nach §. 377 der ung. und siebenb. C. Pr. O. ist der Compromißvertrag nur dann verbindlich, wenn darin auf alle Recurse und Berufungen gegen die schiedsrichterlichen Entscheidungen ausdrücklich Verzicht geleistet worden ist.

***) Z. B. der Pensionsanspruch bei Witwen der Staatsdiener.

ausgesprochene Trennung für den katholischen Ehetheil nur als eine lebenslängliche Scheidung von Tisch und Bett gelten, da für ihn die Ehe, seinen Religionsbegriffen zufolge, als unauflösbar erscheint (§. 67 des E. G.*). Aus dieser Betrachtung scheint die weitere Verfügung des §. 72 des E. G. hervorgegangen zu sein, vermöge welcher die Wiedervereinigung der in solcher Weise getrennten Gatten nicht, wie nach §. 118 des a. b. G. B. geschehen müßte, als eine neue Ehe zu betrachten kömmt, sondern nur der Anzeige bei dem Ehegerichte des katholischen Theiles bedarf. Hiernach hat das Ehegericht des nicht katholischen Theils die Aufhebung seines früher auf Trennung geschöpften Erkenntnisses auszusprechen, was die Folge hat, daß alle bürgerlichen Wirkungen der fraglichen Ehe von Neuem in Kraft treten; nur leben die früheren Ehepacte nicht wieder auf.

Zweifelhaft dürfte es sein, ob eine solche Ehe in der Folge neuerdings getrennt werden könne, da die Wiedervereinigung mit einem katholischen Gatten geschieht, bei der ehelichen Verbindung eines Akatholiken mit einem Katholiken aber bekanntlich der Grundsatz gilt, daß Ersterer auf die Trennbarkeit der Ehe verzichtet? Nichtsdestoweniger scheint die hier aufgeworfene Frage bejaht werden zu müssen, da eben keine neue Ehe geschlossen wird, sondern nur die alte Verbindung wieder auflebt, diese aber für den Nichtkatholiken der Voraussetzung gemäß auflösbar gewesen ist, und daher auch auflösbar bleiben muß.

Hat bei dem Bestande einer ursprünglich akatholischen, durch den Religionswechsel des Einen Ehetheiles nun gemischt gewordenen Ehe der katholische Gatte die Scheidung begehrt, und sein Ehegericht auf lebenslängliche Scheidung erkannt, so gestattet der §. 68 des E. G. dem nicht katholischen Theile, auf Grundlage dieses Erkenntnisses bei seinem Ehegerichte die Trennung der Ehe zu begehren. Dieß findet darin seine Begründung, daß eine lebenslängliche Scheidung nach dem Kirchengesetze nur wegen Ehebruches verlangt werden kann, dieser aber nach §. 115 des a. b. G. B. einen Trennungsgrund bildet. Ist dagegen von dem katholischen Ehegerichte blos auf zeitliche Scheidung erkannt worden, so steht das eben angedeutete Recht dem akatholischen Theile nicht sogleich, sondern erst nach Ablauf von drei Jahren zu, wenn sich auch dann noch keine Aussicht zeigt, daß der katholische Gatte in die Wiedervereinigung einwilligen werde. Hierdurch ist eine neue Trennungsursache begründet, welche bisher dem §. 115 unsers a. b. G. B. fremd war.

Was die Regelung der Vermögensverhältnisse bei der in Frage stehenden Gattung von Ehen anbelangt, so kömmt zu unterscheiden, ob für beide Theile blos eine Scheidung von Tisch und Bett ausgesprochen wurde, — für welchen Fall der §. 1264 des a. b. G. B. als maßgebend erscheint (§. 70 des E. G.), — oder ob die Ehe rücksichtlich des nicht katholischen Ehegatten als getrennt anzusehen ist. Unter der letztgedachten Voraussetzung tritt (eben auch nach §. 70) im Allgemeinen die Bestimmung des §. 1266 des a. b. G. B., — und zwar wie es scheint, des zweiten Absatzes desselben — in Wirksamkeit, da eine einverständliche Trennung, wie sie der erste Absatz jenes Paragraphen voraussetzt, nicht Platz gegriffen hat. Auch steht dem katholischen Theile, selbst wenn er schuldlos ist, das gesetzliche Erbrecht der §§. 757—759 des a. b. G. B. in das Vermögen seines getrennten Ehegatten nicht zu, da für diesen die Ehe als völlig aufgelöst anzusehen kömmt. Wurde von Seite des katholischen Ehegerichtes

*) In diesem Sinne haben schon die Hofdecrete vom 4. Aug. 1814 und 17. Juli 1835 erklärt, daß der katholische Theil bei Lebzeiten seines getrennten akatholischen Gatten zu keiner neuen Ehe schreiten könne.

nur auf zeitliche Scheidung, von dem Ehegerichte des nicht katholischen Theiles aber auf Trennung erkannt, so sind die Vermögensfragen in der Regel nach dem ersten Absatze des §. 1266 des a. b. G. B. zu ordnen, wovon jedoch im §. 71 des E. G. zu Gunsten des schuldlosen Theiles eine billige Ausnahme dahin Platz greift, daß in dem Falle, als Umstände obwalten, welche die Weigerung, sich wieder zu vereinigen, rechtfertigen, und der katholische Theil kein zu seinem anständigen Unterhalte ausreichendes Vermögen besitzt, der nichtkatholische demselben nach Maßgabe seines Vermögens einen jährlichen Betrag zu entrichten hat, welchen der ordentliche Richter nach billigem Ermessen festzusetzen befugt ist.

Sehr entsprechend ist die Verfügung des §. 69 des E. G., vermöge welcher über die Thatsache der Schuld, in soweit darauf Vermögensansprüche gegründet werden, immer der ordentliche Richter zu erkennen hat, mag die Scheidung (oder beziehungsweise Trennung) selbst von dem geistlichen Ehegerichte des katholischen oder akatholischen Theiles ausgesprochen worden sein.

Der §. 58 des a. b. G. B. hat bekanntlich dem Ehemanne, welcher außer dem Falle des §. 121 ebd. seine Gattin nach der Ehelichung bereits von einem Andern geschwängert findet, das Recht eingeräumt, die Ungiltigerklärung seiner Ehe zu fordern. Nach dem neuen Gesetze kann er nur auf Scheidung dringen, und selbst diese wird ihm nicht in allen Fällen gewährt werden, da das Kirchengesetz die Schwangerschaft von einem Dritten wenigstens nicht ausdrücklich als Scheidungsgrund bezeichnet. Deßhalb hat der §. 73 des E. G. ein Auskunftsmittel getroffen, zu Folge dessen der Ehemann, wenn er sogleich nach Entdeckung jenes Umstandes den ehelichen Umgang mit seiner Gattin einstellt, und binnen Einem Monate die Klage auf Scheidung anhängig macht, für den Fall, daß die Scheidung nicht ausgesprochen würde, verlangen kann, daß die blos bürgerlichen, durch seine Verehelichung begründeten Rechtsverhältnisse so geordnet werden, als habe eine von der Gattin verschuldete Scheidung von Tisch und Bett stattgefunden.

Die Schlußparagraphen 76 und 77 des E. G. endlich sind im Wesentlichen den §§. 120 und 121 unseres a. b. G. B. entnommen.

Die Ertheilung der Nachsicht steht im Falle der Ungiltigerklärung der Landesstelle, und in Orten, wo sich keine Landesstelle befindet, der Kreisbehörde, im Falle aber, daß der Tod des Mannes die Ehe aufgelöst hat, nur der Landesstelle und nur aus höchst dringenden Gründen zu.

Sach-Register.

(Die römische Ziffer bedeutet den Band, die arabische die Seitenzahl.)

A.

C.

D.

F.

G.

H.

J.

N.

O.

P.

Q.

R.

T.

U.

V.

Z.

Buchdruckerei von Friedrich Manz in Wien.